God
340
mer/Rep
79283

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 16 January, 2016

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ,

DE JURISPRUDENCE.

PUR-RAP.

0 - e - 2

IMPRIMERIES DE C. J. DE MAT FILS ET H. REMY, ET P. J. VOGLET.

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE,

CINQUIÈME ÉDITION,

RÉDUITE AUX OBJETS DONT LA CONNAISSANCE PEUT ENCORE ÊTRE UTILE,

AUGMENTÉE 1°. DE NOTES INDICATIVES DES CHANGEMENS APPORTÉS AUX LOIS ANCIENNES PAR LES LOIS NOUVELLES, 2°. DE DISSERTATIONS, DE PLAIDOYERS ET DE RÉQUISITOIRES SUR LES UNES ET LES AUTRES, 3°. DES CHANGEMENS QUE LES LOIS FRANÇAISES ONT SUBIS, DANS LE ROYAUME DES PAYS-BAS, DEPUIS L'ANNÉE 1814;

CORRIGÉE ET FONDUE AVEC LES ADDITIONS FORMANT LES TOMES 15, 16 ET 17 DE LA 4e. ÉDITION;

PAR M. MERLIN,

Ancien Procureur-Général à la Cour de Cassation.

TOME VINGT-SIXIÈME.

79283

Bruxelles.

H. TARLIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR,

RUE DE LA MONTAGNE, N° 306.

1827.

God
340
mar/Rep
79283

RÉPERTOIRE

UNIVERSEL ET RAISONNÉ

DE JURISPRUDENCE.

PUISSANCE MARITALE, Sect. I et II, §. I.

PUISSANCE MARITALE. C'est un principe généralement reçu, que le mariage soumet la personne et les biens de la femme à la Puissance de son mari.

Cette Puissance, telle qu'elle est admise dans nos mœurs, produit des effets très-remarquables.

Ils sont de deux sortes : les uns regardent la personne de la femme, les autres concernent ses biens.

Notre article se partage donc naturellement en deux sections.

Section I. *Effets de la Puissance maritale sur la personne de la femme.*

Le premier droit d'un mari sur la personne de sa femme, est de l'obliger à partager sa demeure. Les Romains ne permettaient pas même à un père de retenir chez lui la fille qu'il avait sous sa Puissance, malgré le mari qu'elle avait épousé légitimement, : c'est ce que prouve la loi 2, *de liberis exhibendis*, au Digeste : *imò magis de uxore exhibendâ ac ducendâ pater etiam qui filiam in potestate habet, à marito rectè convenitur.* [[*V.* l'article *Mari*, §. 2, n°. 1.]]

Aussi est-il de règle, parmi nous, qu'une femme qui, sans raison légitime, s'est absentée de la maison de son mari, malgré les sommations qui lui ont été faites d'y retourner, ne peut, après la dissolution du mariage, demander ni part dans la communauté, ni douaire, ni droits de survie. [[Mais *V.* l'article *Douaire*, sect. 3, §. 2, n°. 2.]]

Un autre droit du mari sur la personne de sa femme, lorsqu'elle est commune en biens avec lui, est de la soumettre au paiement de toutes les dettes qu'il contracte. *V.* les articles *Communauté de biens entre époux*, *Renonciation à la communauté* et *Séparation de biens.*

Mais de tous les effets de la Puissance maritale sur la personne de la femme, il n'en est point de plus remarquable que l'incapacité de contracter et de plaider sans autorisation. *V.* l'article *Autorisation maritale.*

Section II. *Effets de la Puissance maritale par rapport aux biens de la femme.*

Administrer, aliéner, plaider, voilà trois opérations auxquelles peuvent fréquemment donner lieu les biens que possède une femme mariée.

Examinons ce que peut ou ce que ne peut pas, sur chacun de ces trois objets, le mari à la Puissance duquel les lois l'ont soumise.

Cet examen fera la matière de trois paragraphes; nous en ajouterons un quatrième sur la question de savoir si cette Puissance suspend, en faveur de la femme, la prescription qui courait contre elle, si elle était libre.

§. I. *Des droits du mari pour l'administration des biens de sa femme.*

I. Par le droit romain, qui s'observe encore à cet égard dans une partie de la France, la femme a deux sortes de biens : les dotaux

et les paraphernaux. Le mari a la pleine administration de ceux-là, mais il n'a régulièrement, sur ceux-ci aucune espèce de droit. *V.* les articles *Dot* et *Paraphernal*.

Dans les pays coutumiers, tous les biens personnels de la femme, c'est-à-dire, tous ses propres, sont réputés dotaux; et, par cette raison, c'est au mari qu'en appartiennent le gouvernement, l'administration et la jouissance.

Voyons quels sont les droits qui résultent de là pour ou contre lui.

II. Le premier effet du droit de gouvernement qui réside dans la personne du mari pendant le mariage, est [[dans les pays étrangers où existe encore le régime féodal]], de lui donner tout ce qu'il y a d'honorifique attaché aux biens propres de la femme.

Ainsi, point de doute que, [[dans ces pays]], le mari ne puisse prendre le titre des seigneuries dont sa femme est propriétaire.

Point de doute qu'il n'y puisse, même à son exclusion, présenter aux bénéfices dont elle a le patronage, instituer ou destituer les officiers des justices qu'elle possède, recevoir la foi de ses vassaux, saisir féodalement leurs fiefs, leur accorder souffrance, etc.

Mais il est, [[dans les mêmes pays]], certains droits honorifiques que la femme partage avec son mari. Tels sont, dans une église dont elle a le patronage ou la seigneurie, les prières nominales, l'eau-bénite, l'encens, etc.

III. Le second effet du droit de gouvernement qui appartient au mari sur les biens de la femme, est la perception qu'il fait à son profit de tous les fruits que produisent ces biens pendant le mariage. Les articles *Dot* et *Usufruit* renferment le détail des règles qu'il importe de connaître à ce sujet.

IV. Un autre effet bien intéressant du droit dont il s'agit, est l'obligation où est la femme, même après la dissolution du mariage, d'entretenir les baux faits par son mari.

Ce n'est pas dans la qualité qu'a le mari, d'usufruitier des biens de sa femme, qu'il faut chercher le principe de cette obligation; c'est dans celle d'administrateur. Comme usufruitier, le mari ne pourrait louer les biens que pour le temps de sa jouissance; et les baux qu'il aurait faits, prendraient fin avec le mariage. [[Telle est du moins la règle que les lois romaines ont établie, et qui a subsisté jusqu'au Code civil.]] Mais, comme administrateur, il oblige sa femme : c'est elle qui contracte par son ministère, avec le preneur. Il faut donc qu'elle entretienne le bail, comme si elle l'avait fait elle-même. *V.* les articles *Bail* et *Usufruit*.

§. II. *Pouvoir du mari concernant l'aliénation des biens de sa femme.*

Il règne sur ce point la plus grande variété dans notre jurisprudence.

Distinguons d'abord les pays de droit écrit d'avec les pays coutumiers.

Nous dirons ensuite quelque chose sur une question mixte qui peut naître fréquemment du choc des lois et des coutumes sur cette matière.

ART. I. *De l'aliénation des biens dotaux de la femme, dans les pays de droit écrit.*

On a vu, à l'article *Dot*, que, suivant le droit commun de ces contrées, le mari ne peut pas aliéner les biens dotaux de sa femme, même en vertu du consentement qu'elle y donne; mais que, par une déclaration de 1664, particulière aux pays de Forez, Beaujolais, Lyonnais et Maconnais, les aliénations que le mari et la femme font conjointement de ces sortes de biens, sont valables et doivent avoir tout leur effet.

L'aliénation que ferait un mari des fonds dotaux de son épouse, sans son consentement, dans les lieux régis par la déclaration de 1664, et même avec son consentement dans les autres pays de droit écrit, serait tellement nulle, que, non-seulement l'héritier de la femme, mais la femme elle-même, pourrait, après la dissolution du mariage, revendiquer son bien, comme s'il n'en avait pas été dessaisi. *Heredi quoque mulieris idem auxilium præstabitur, quod mulieri præstabatur.* (Ce sont les termes de la loi 13, §. 3, D. *de fundo dotali*). *Mulierem in his vindicandis omnem habere, post dissolutum matrimonium, prærogativam volumus.* (Ce sont ceux de la loi 30, C. *de jure dotium*).

Nous disons, *après la dissolution du mariage*, et nous le disons avec la dernière des lois qui viennent d'être citées.

La femme ne peut donc pas agir pour cet objet, tant que le mariage dure; et c'est ce qu'établit clairement la loi 9, C. *de rei vindicatione*. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Bordeaux, que Salviat, page 503, rapporte en ces termes :

« Quelques docteurs ont prétendu que, lorsqu'elle était entrée dans le contrat de vente, elle avait la faculté, *durante matrimonio*, de revenir, avec le consentement de son mari, contre ladite vente. Mais le con-

traire a été jugé, le 5 mai 1736, au rapport de M. Leblanc de Mauvesin. L'arrêt déclare la dame de Lalanne non-recevable, quant à présent, dans les lettres de restitution par elle obtenues, et n'y avoir lieu de prononcer, tant sur ses conclusions, que sur celles en adhésion prises par son mari....

» Toute action est déniée à la femme jusqu'au décès du mari, qui seul a la faculté de révoquer les biens dotaux pendant sa vie ».

En serait-il de même, si la femme était séparée de biens d'avec son mari?

Védel, sur Catellan, liv. 4, chap. 45, nous retrace un arrêt du parlement de Toulouse, du 4 juillet 1722, qui juge pour l'affirmative. Mais il est à remarquer que, dans l'espèce de cet arrêt, la femme qui réclamait du vivant de son mari, n'était séparée de biens d'avec lui que par un acte volontaire.

A la vérité, la raison qu'en donne Védel, s'applique aussi à la femme séparée judiciairement. « Elle peut (dit-il) être prise de ce que » la séparation qui se fait, *marito ad inopiam* » *vergente,* ne donne aucune espèce de fa» culté à la femme de commercer, ni de trai» ter sur la propriété du fonds dotal; mais » elle lui acquiert seulement le maniement » des fruits et revenus, pour être employés » à l'entretien commun de son mari, d'elle et » de leurs enfans (loi *ubi adhuc, C. de jure do*» *tium*). Le mari n'est même pas absolument » dépouillé de la propriété du fonds dotal, quoi» que séparé en biens d'avec sa femme. Cette » propriété est alors dans une espèce de sé» questration qui ne le *dépouille point*, de » même que la saisie ne dépouille point le » saisi; ainsi, la femme ne peut avoir de droit » sur cette propriété, avec d'autant plus de » raison qu'elle peut rentrer libre dans les » mains du mari, par un retour de fortune » et par un rétablissement de ses affaires. Or, » le mari, étant maître des fonds dotaux, a pu » en faire l'aliénation *interim;* et la femme » n'a point droit d'en demander la révocation » pendant le mariage, puisqu'elle n'a point » d'action en main, et qu'elle n'est point per» sonne légitime pour cela ».

Mais cette raison doit céder au texte de la loi 30, C. *de jure dotium,* qui, par cela seul qu'elle fait courir la prescription contre la femme, du moment que son mari est en déconfiture ouverte, suppose nécessairement que, dès ce moment, la femme peut agir; car il est évident que, si la femme ne pouvait pas dès-lors exercer son action, la prescription ne pourrait pas courir contre elle.

[[Au surplus, *V.* l'article *Dot,* §. 8.]]

ART. II. *De l'aliénation des biens dotaux ou propres de la femme, dans les Pays coutumiers.*

I. Les coutumes de France peuvent, sur cette matière, être partagées en quatre classes différentes.

II. Dans la plupart des coutumes, le mari peut aliéner les fonds dotaux ou propres de sa femme, lorsqu'elle y consent; mais quand elle n'y a pas consenti, l'aliénation est nulle; en sorte qu'après le décès de son mari, elle peut rentrer de plein droit dans ses biens aliénés, sans qu'elle ait besoin de lettres de rescision. Telles sont Paris, art. 266; Nivernais, chap. 23, art. 1; Poitou, art. 230; Sens, art. 274; Auxerre, art. 264; Péronne, art. 125; Tournai, tit. 11, art. 21; Châtellenie de Lille, tit. 12, art. 3; Artois, art. 134, etc.

III. Il y a des coutumes qui permettent aux femmes de rentrer, après la mort de leurs maris, dans leurs propres aliénés, quoiqu'elles aient donné leur consentement à l'aliénation. Ce sont Auvergne, la Marche et Normandie. Mais ces lois ont entre elles quelques différences qui sont expliquées à l'article *Dot,* §. 8.

Il a été jugé au parlement de Rouen, que, dans la troisième de ces coutumes, une femme ne peut pas, du vivant de son mari, révoquer l'aliénation qu'il a faite de ses biens dotaux.

« Un mari (dit Houard, *Dictionnaire du droit normand*, au mot *Femme*, sect. 1) ayant clamé, au nom de sa femme, un héritage, *l'acquéreur obéit* à la clameur, et fit *délai;* mais lorsqu'il fut question de passer l'acte de ce délai devant notaire, le clamant offrit les deniers, et demanda un remplacement; le clamé *obéit,* offrit de faire intervenir ses créanciers pour recevoir la somme offerte, et protesta contre la consignation qui en serait faite.

» Malgré cela, le clamant consigna; mais il ne fit pas préalablement sommer le clamé d'assister à la consignation. Cependant, sur la reprise que le dernier en fit au clamant, il représenta une sommation datée du jour où les deniers avaient été consignés.

» Il y eut inscription de faux contre cette diligence; elle n'avait été faite que le lendemain du jour de la date qu'elle portait; la fausseté fut prononcée. Dans le cours de la procédure sur l'inscription de faux, le clamant, pour en éviter les suites, avait déclaré au clamé qu'il se désistait de sa clameur, et qu'il consentait qu'il rentrât en possession du fonds dont il avait fait délai.

» Le désistement détermina le juge à con-

damner le sergent en 10 livres d'amende, en 1000 livres d'intérêts envers le clamé, et le priva de ses fonctions pour six semaines; au surplus, il renvoya le clamé en possession de l'héritage, et lui accorda la restitution des fruits.

» Mais le clamant et sa femme obtinrent des lettres de rescision contre le désistement. Ils prétendirent qu'un mari n'avait pas pu, par un désistement, anéantir les droits acquis à son épouse : qu'elle était devenue propriétaire dès l'instant du délai fait par le clamé, et de l'acceptation de ce délai par le clamant; que le mari n'avait pas pu lui ravir cette propriété, sous le prétexte d'une consignation qui était inutile, puisque le clamé avait déclaré l'en dispenser.

» On leur répondit que, pour qu'une clameur fût consommée, trois choses étaient requises : la sommation, les offres acceptées et la réception des deniers; que les deux premières formalités avaient été remplies, que la dernière ne l'avait point été, et que, tant que les deniers n'avaient pas été reçus, la clameur était si peu effectuée que le clamant était resté maître de persister à offrir son argent ou de le refuser.

» Le juge de première instance débouta le clamant et son épouse de leurs lettres de rescision : et sur l'appel, le 12 juin 1722, la cour confirma leur jugement, par le motif que la femme, en renonçant, avait, après le décès de son mari, un recours sur ses biens, s'il lui avait fait dommage; mais que, tant qu'il vivait, et tant que conséquemment elle ne renonçait pas à lui succéder, elle était tenue de ses faits ».

Un autre arrêt de la même cour juge que la révocation n'est pas même permise à la femme, lorsqu'elle est héritière de son mari.

« L'acquéreur d'une terre (c'est encore Houard qui parle) s'était, lors de l'acquisition, constitué une rente. Quelques années après, ayant, un matin, fait un contrat de racquit de la rente devant notaires, l'après-midi du même jour, il passa devant un autre notaire un acte par lequel il déclara que le contrat du matin n'avait été fait par le créancier que par condescendance pour lui; et en effet, quoique son créancier lui eût remis aux mains le contrat de constitution de la rente, il continua de lui en payer les arrérages.

» Le créancier étant décédé, l'acquéreur donna procuration à sa femme pour obliger les héritiers du défunt à faire émarger du racquit le contrat; mais le débiteur de la rente mourut; et les assignés au nom du vendeur, soutinrent que le contrat de racquit qu'on leur opposait, était un contrat simulé; ils présentèrent la contre-lettre. La veuve du débiteur de la rente répliquait qu'un pareil acte ne pouvait nuire aux droits que, par racquit fait par son mari, elle avait obtenus sur les fonds; qu'il y avait eu, par l'acte de racquit, novation dans la rente racquittée; que le contrat d'amortissement l'avait éteinte; qu'en la recréant par la contre-lettre, l'hypothèque de cette rente se trouvait postérieure à celle de sa dot.

» Mais la veuve était héritière de son mari, et elle fut condamnée à la faisance de la rente, et aux dépens ».

IV. Il y a d'autres coutumes qui donnent au mari un pouvoir absolu sur tous les biens de la femme, de manière qu'il peut les vendre, les donner, en un mot les aliéner comme les siens propres. Telles sont Douai, chap. 3, art. 3, et Bapaume, art. 17; tel est aussi l'usage de la Hollande, comme l'atteste Voët, sur les Pandectes, liv. 3, tit. 5, nº. 7.

V. Nous rangeons dans la quatrième classe les différentes lois qui régissent la province de Hainaut.

Ce n'est pas néanmoins qu'elles aient entre elles beaucoup de connexité. On peut dire, au contraire, qu'elles diffèrent autant les unes des autres que des coutumes étrangères; chacun de ceux qui les ont rédigées, s'est livré à ses propres idées, sans consulter celles de ses voisins; et de là est née cette bigarrure qui embarrasse le jurisconsulte et fait gémir le philosophe.

VI. Comme les chartes générales font loi dans tout le Hainaut, en matière de fiefs et *de francs-alleux, la jurisprudence qu'elles ont introduite à cet égard, est uniforme* dans toute la province.

Voici ce que porte l'art. 3 du chap. 94 de ces lois : « Homme allié par mariage ne pourra » vendre ni assujétir l'alloet ou fief venant » du côté de sa femme, sans enfans d'elle, » plus avant que durant le mariage, soit que » le fief vienne à ladite femme de son patri- » moine en ligne collatérale, ou de son acquêt » auparavant mariage : mais ayant enfans, le » pourra faire pour toujours, moyennant le » consentement d'icelle ».

Ce texte nous présente trois dispositions. Premièrement, il résulte des mots, *plus avant que durant le mariage*, qu'un mari peut toujours, soit qu'il ait des enfans, soit qu'il n'en ait pas, aliéner de lui-même les biens de sa femme, pour le temps du mariage.

Cette disposition est de droit commun, et elle est fondée sur une raison très-simple. C'est au mari qu'appartient la jouissance des propres de sa femme : le droit d'en recueillir et

de s'en approprier les fruits, est attaché à sa qualité de chef de la communauté; et la femme ayant abdiqué ce droit en se mariant, il est bien indifférent qu'elle consente ou qu'elle ne consente pas à l'aliénation que le mari voudrait en faire.

Aussi est-il de principe que la disposition faite par un mari, de la propriété même des biens de sa femme, subsiste au moins pendant le mariage, et donne à l'acquéreur le droit d'en jouir tout ce temps.

Je dis *pendant le mariage*, et je le dis d'après le texte même des chartes générales : il ne faut cependant pas prendre ces termes à la lettre; car si la communauté venait à se dissoudre avant la fin du mariage, soit par une séparation de biens, soit par la mort civile de l'un des époux, la femme pourrait dès-lors rentrer dans la jouissance de ses biens aliénés, parceque son mari n'a pas pu transmettre à un tiers le droit d'en jouir plus longtemps qu'il n'aurait pu le faire lui-même; c'est vraiment le cas de la maxime, *resoluto jure dantis, resolvitur ejus accipientis*. Pour soutenir le contraire, il faudrait aller jusqu'à dire que, par la séparation des biens, la femme n'acquiert pas le droit de demander la main-levée des saisies pratiquées sur ses propres par les créanciers de son mari. Or, bien sûrement ce serait une erreur. *V.* l'article *Séparation de biens*, sect. 2, §. 5.

La seconde disposition de l'art. 3 du chap. 94, est qu'un mari ne peut pas, même avec le consentement de sa femme, aliéner les biens de celle-ci, lorsqu'il n'en a pas d'enfant vivant. *Ainsi, dans ce cas, la jurisprudence du Hainaut se rapproche de celle des provinces d'Auvergne, de la Marche et des pays de droit écrit qui ne sont pas du ressort du parlement de Paris.*

Enfin, le même article porte qu'un mari peut aliéner *pour toujours* les biens de sa femme, lorsqu'il existe des enfans de leur mariage, et qu'elle y consent.

Les chartes du Hainaut adaptent donc au cas où il se trouve des enfans, la disposition indéfinie que renferme à cet égard la coutume de Paris et la plupart des autres.

On demandera sans doute pourquoi les législateurs du Hainaut ont accordé plus de pouvoir aux maris qui ont des enfans, qu'à ceux qui n'en ont pas?

Deux raisons peuvent avoir motivé cette différence. Peut-être a-t-on voulu récompenser les premiers d'avoir donné des citoyens à l'État, à l'exemple des anciens Romains, qui, pour encourager la population, faisaient dépendre de la *qualité de* père, la capacité de recevoir par testament ou par codicille. Peut-être aussi, et c'est le plus probable, a-t-on cru qu'on ne risquait rien d'accorder à deux époux un droit dont la piété paternelle les empêcherait d'abuser, et qu'il convenait d'ailleurs de leur faciliter les moyens de soutenir leur famille et de procurer des établissemens à leurs enfans.

Quoi qu'il en soit, les dispositions que nous venons d'analyser, ne comprennent, comme on l'a dit, que les fiefs et les francs-alleux. Voyons ce qui concerne les mainfermes. C'est principalement sur les biens de cette nature que tombe, en Hainaut, la discordance de lois dont on a parlé ci-dessus.

VII. Pour juger, en Hainaut, de l'étendue de la Puissance maritale par rapport à l'aliénation des mainfermes de la femme, il faut distinguer sous-quel chef-lieu ces biens sont situés.

VIII. Les mainfermes *du chef-lieu de la cour* suivent, à cet égard, la règle établie pour les fiefs et les francs-alleux.

IX. Ceux des chefs-lieux de Mons et de Valenciennes sont régis par des principes tout différens

Les coutumes de ces deux arrondissemens s'accordent à interdire au mari tout acte d'aliénation relatif aux biens de sa femme, tant qu'il en a lui-même dans leur ressort.

« Nul, quel qu'il soit (porte le chap. 12 de » celle de *Mons*) possessant héritages ou ren- » tes de par sa femme, ayant néanmoins » enfant d'elle, ne puisse vendre, déshériter, » charger, conditionner, aliéner, fourfaire » par possession ni autrement, l'héritage ve- » nant par sadite femme, tant qu'il ait rente » ou héritage de mainferme, dont il soit » jouissant et possessant, venant de son pa- » trimoine ou d'acquêt, és mètes du chef- » lieu de Mons..... ».

Les art. 54 et 55 de la coutume de Valenciennes renferment la même disposition :

« Un mari ne peut vendre les héritages de sadite femme, si longuement qu'il ait héritage ou rente immeubiliaire à lui appartenant.

» Le mari ne pourra pareillement charger ni rapporter les héritages et rentes de sa femme, ne fût qu'au préalable il eût chargé ou rapporté tous ceux qu'il aura tant en ladite ville, banlieue, que chef-lieu d'icelle ».

Quelque singulières que nous paraissent aujourd'hui ces dispositions, elles ne laissent pas d'être formées sur le modèle d'un usage qui se pratiquait autrefois dans plusieurs con-

trées de la France. Le pape Honoré III nous apprend, par une de ses décrétales, rapportée dans la collection de Grégoire IX, au titre *de Consuetudine*, qu'on en usait ainsi à la Rochelle (1). Mais, en même temps, il anathématise cet usage; et il dispense formellement de l'obligation de s'y conformer, les personnes qui le regardaient comme une loi.

Nous ne nous arrêterons pas à faire remarquer l'étrange abus de pouvoir que commet en cela le souverain pontife. Nous observerons seulement que les reproches qu'il fait à cette coutume, ne peuvent pas s'appliquer aux lois municipales de Mons et de Valenciennes. Les dispositions que l'on vient de rapporter, exigent, il est vrai, qu'un mari n'ait plus de biens de son côté, pour pouvoir aliéner ceux de sa femme; mais il ne suit point de là qu'il suffise à un mari d'être ruiné pour être en droit de ruiner sa compagne : la condition de n'avoir plus de mainferme dans le ressort de ces deux coutumes, est bien la condition première, fondamentale et *sine quâ non*, du pouvoir qu'elles lui accordent; mais ce n'est point la seule, comme on le verra ci-après, et elle ne sert de rien si elle ne concourt avec les autres.

X. On peut cependant éluder la rigueur de cette condition; et ce qu'il y a de singulier, c'est que les coutumes dont nous parlons, en ont elles-mêmes indiqué un moyen fort simple, à la vérité, mais bien peu légitime : c'est de jurer, dans les *devoirs de loi*, qu'on n'a plus d'immeubles dans le chef-lieu où la femme possède l'héritage qu'on veut aliéner; ce serment, quoique faux, rend l'aliénation valable, sans néanmoins mettre le mari parjure à l'abri des peines décernées contre ces sortes de crimes.

C'est la disposition précise du chap. 12 de la coutume de Mons. Après avoir établi qu'un mari doit avoir aliéné tout ce qu'il possède dans le chef-lieu, avant de pouvoir toucher au patrimoine de sa femme, il ajoute : « et » qu'ès œuvres de loi qui s'en devront faire, » les sermens des vendeurs, acheteurs et loi » soient faits, gardés et observés comme par » cy-devant, mesme ainsi escrit ès lettria- » ges de ce faisant mention, ou autrement » ne seront de valeur; et moyennant les cho- » ses ainsi conduites et faites, devront telles » œuvres de la loi valoir à toujours, supposé » qu'en temps advenir fust trouvé du con- » traire ».

L'art. 56 de la coutume de Valenciennes n'est pas moins précis : « si le mari vendant, » chargeant ou rapportant le bien de sa » femme, affirme par serment solennel n'avoir » héritage ou rente immeubiliaire de son lez et » costé en notredite ville, banlieue et chef- » lieu d'icelle, et qu'en après le contraire » soit trouvé variable, la vente, charge et » rapport seront vaillables, et sortiront ef- » fet; mais icelui sera puni comme faussaire, » et poursuivable pour l'équivalent en son » bien ».

Cette disposition paraît tirée de ce principe du droit romain, que, quand il s'agit de serment prêté, la seule question à examiner est de savoir si vraiment la prestation en a été faite (1). Mais il est évident que les rédacteurs ont fait de ce principe une application très-vicieuse. Il n'y a que le serment déféré en justice par un plaideur à son adversaire, *qui puisse terminer irrévocablement* une affaire; celui qui est déféré d'office par le juge, n'a pas la même force; quand on peut en démontrer la fausseté, l'effet qu'il avait produit, tombe et s'évanouit de lui-même. La loi 51, D. *de jurejurando*, en contient une décision expresse; et elle s'applique naturellement à celui dont la prestation est ordonnée par une loi. C'est donc mal à propos que les coutumes de Mons et de Valenciennes attribuent au parjure d'un mari la vertu de valider l'aliénation qu'elles lui défendent. Donner un tel prix au crime, c'est inviter bien efficacement à le commettre. L'intérêt des tiers-acquéreurs l'a emporté, dans l'esprit de ces lois, sur l'intérêt de la femme; de manière que celle-ci devient souvent, par la perte de son patrimoine, la victime malheureuse de l'atta-

(1) Voici ce qu'il écrit aux officiers municipaux de cette ville : *Ex parte vestrâ fuit propositum coràm nobis, quod in terrâ vestrâ sunt hactenùs duæ consuetudines abusivæ : una siquidem hæc est, quòd si fortè indigena vel extraneus, prodigalitatis vitio, vel incuriâ, seu quocunque casu alio, dissipaverit vel amiserit omnia bona sua, bona uxoris suæ quantocunquè laudabilis et honestæ vitæ, tam mobilia quàm immobilia, pro voluntatis suæ [illegible] alienat : quare fit interdùm ut, viro defuncto, uxor [illegible] inopiâ laborat, et superstites filii extremæ subjaceant incommodis paupertatis..... quare super his providere vobis per sedem apostolicam supplicanter postulatis. Nos itaque saluti et utilitati vestræ providè consulere cupientes, tenore præsentium declaramus vos non teneri ad hujusmodi consuetudines, tanquam juri contrarias, observandas.*

(1) *Delato jurejurando, non aliud quæritur quàm an juratum sit.* Loi 5, §. 2, D *de jurejurando*.

chement rigoureux de nos ancien praticiens à un principe qu'ils n'entendaient pas.

La coutume de Mons veut, comme on a pu le remarquer par le texte transcrit ci-dessus, que, dans les *devoirs de loi* faits pour *réaliser* un acte portant aliénation du bien d'une femme, le mari affirme qu'il n'a plus rien dans toute l'étendue du chef-lieu, que l'acheteur et les juges affirment qu'ils ne savent pas le contraire, et que ces sermens vrais ou faux *soient ainsi escrits ès lettriages de ce faisant mention*, lesquels *autrement ne seront de valeur*.

La coutume de Valenciennes ne s'explique pas de même : elle n'exige que le serment du mari, et encore ne le rend-elle nécessaire à la validité de l'aliénation, que lorsqu'il ne peut être prêté sans parjure, c'est-à-dire, quand le mari possède encore des biens dans le chef-lieu. Comme elle n'en dit pas davantage sur cet objet, nous ne croyons pas qu'on doive y ajouter la nécessité du serment de l'acheteur et de celui des juges, même dans le cas où le mari n'a plus rien : ces formalités sont, à la vérité, prescrites par une coutume voisine et semblable, sur ce point, à celle de Valenciennes; mais elles sont trop rigoureuses, trop éloignées du droit commun, nous osons même dire trop absurdes, pour qu'on puisse en regarder l'observation comme indispensable dans un pays où il n'y a point de loi expresse qui l'ordonne.

XI. Ce n'est pas la seule différence que cette matière nous offre entre la *coutume de Mons et celle de Valenciennes*. Voici une question sur laquelle on a jugé assez récemment qu'elles sont encore divisées.

Un mari qui a hypothéqué tous ses biens, pour sûreté d'une dette, et qui, par conséquent n'en a pas perdu la propriété, peut-il hypothéquer pareillement ceux de sa femme, en stipulant qu'ils ne pourront être saisis qu'après la pleine discussion des siens?

La coutume de Valenciennes décide qu'il le peut. Le mari, dit-elle, art. 55, « ne » pourra charger ni rapporter les héritages » et rentes de sa femme, ne fût qu'au préa- » lable, il ait chargé ou rapporté tous ceux » qu'il aura, tant en ladite ville, banlieue, » que chef-lieu ».

La coutume de Mons n'a pas prévu la question; et de là naît celle de savoir si l'on doit suppléer à son silence par la disposition de la coutume de Valenciennes, non-seulement parcequ'elle en est voisine, mais encore parcequ'ayant été rédigée près d'un siècle après la première, elle semble n'avoir disposé comme elle l'a fait, que pour éclaircir les doutes que produisait celle-ci.

Cette question s'est présentée au parlement de Flandre, dans l'espèce suivante.

Jacques-Michel Gray emprunte de Jean-Baptiste Proudehoux, en 1752, 1763 et 1765, différentes sommes dont il a besoin pour sa nourriture, celle de sa femme et de ses enfans. Broudehoux exige de lui un *rapport à loi*, pour sûreté de sa créance. Gray, pour le satisfaire, lui *rapporte* tous ses biens, et subsidiairement ceux de sa femme. Gray meurt. Ses biens sont vendus : leur produit ne suffit pas pour le remboursement des capitaux dus par la succession : Broudehoux fait saisir les biens de sa veuve, en vertu de l'hypothèque subsidiaire à laquelle ils sont soumis.

La veuve s'oppose à la saisie, et prétend que le *rapport* fait de ses biens, est nul, parcequ'aux termes de l'article dernier du chap. 12 de la coutume du chef-lieu de Mons, un mari ne peut *vendre, aliéner*, ni CHARGER les propres de sa femme, *tant qu'il ait rente ou héritage de mainferme, dont il soit jouissant et possessant, venant de son patrimoine ou d'acquêts ès mètes du chef-lieu de Mons*.

Broudehoux répond :

« S'il s'agissait d'une hypothèque principale ou solidaire sur les biens de la femme, on concevrait la prétention de la veuve Gray. Mais il est question d'une hypothèque purement *subsidiaire* : ses biens n'ont été *rapportés* qu'après tous ceux de son mari, et pour le cas seulement où les biens de son mari ne suffiraient pas pour remplir ma créance. Or, dans ce cas, il est inconcevable comment elle peut se prévaloir de la disposition de la coutume du chef-lieu de Mons.

» Quelles ont été les vues de cette coutume, lorsqu'elle a défendu au mari de vendre ou d'hypothéquer les propres de sa femme, tant qu'il posséderait quelque chose de son chef? On peut les réduire à deux : la première, d'apporter un frein aux dépenses des maris, en voulant qu'ils en fussent les premières victimes; la seconde, d'empêcher que les hommes ne payassent leurs dettes avec le bien de leurs femmes, en conservant le leur, où ils se trouvassent des moyens indirects de se l'approprier; ce qui eût été assez facile dans un pays où il n'y a pas de récompense ni de remploi entre conjoints. Voilà les seuls motifs raisonnables qu'on peut prêter à la disposition de la coutume; ainsi, lorsqu'il se rencontre un cas auquel ils ne s'appliquent ni l'un ni l'au-

tre, on peut assurer qu'il ne tombe point sous cette disposition.

» Or, tel est précisément le cas d'un *rapport* purement subsidiaire, accordé sur les biens de la femme. Le mari a pour ses dépenses le même frein, puisque ses biens sont les premiers qui doivent être vendus par ses créanciers; et il n'est pas possible qu'il conserve ses propres biens en vendant ceux de sa femme, puisque ceux de sa femme ne doivent être vendus qu'après les siens, et en cas seulement d'insuffisance ».

A ces raisonnemens, qu'on appuyait encore de l'art. 55 de la coutume de Valenciennes, la veuve Gray opposait le texte littéral de la coutume de Mons.

« A la bonne heure (disait-elle), la coutume de Valenciennes a permis au mari d'hypothéquer le bien de sa femme, après avoir hypothéqué tout le sien propre.

» Mais la coutume du chef-lieu de Mons en a disposé différemment : elle a voulu qu'un mari ne pût, non-seulement *vendre*, non-seulement *aliéner*, mais même *charger* les héritages *venant de par sa femme*, tant qu'il posséderait quelque rente immobilière ou bien-fonds sous le chef-lieu. Son intention est clairement manifestée; et c'est pour nous une loi impérieuse ».

Sur ces raisons respectives, sentence du 1er. avril 1773, par laquelle les mayeur et échevins d'Haumont et Boussières déclarent le rapport des biens de la veuve Gray nul et de nul effet; en conséquence, font main-levée de la saisie pratiquée sur ses biens par Broudehoux, et condamnent ce dernier aux dépens.

Appel au parlement de Flandre. Je vois, par une consultation imprimée, du 7 mars 1775, que d'habiles jurisconsultes de Douai ont trouvé cet appel bien fondé. Cependant, il n'a pas eu le succès que Broudehoux s'en promettait. Par arrêt rendu, au rapport de M. Remy des Jardins, la sentence a été confirmée. Mais le défenseur de Broudehoux m'a assuré que les opinions avaient été fort partagées, et que l'arrêt n'avait passé que d'une voix.

XII. La plus remarquable de toutes les différences qui existent entre les coutumes de Mons et de Valenciennes, par rapport à l'aliénation des propres des femmes, est celle-ci :

La coutume de Mons ne permet à un mari qui n'a plus de biens dans le chef-lieu, d'aliéner ceux de sa femme, que lorsqu'il a d'elle un ou plusieurs enfans : c'est ce qui résulte du chap. 12, rapporté ci-dessus, aux mots *ayant néanmoins enfans d'elle*.

Mais la coutume de Valenciennes ne distingue point le cas où il y a des enfans, de celui où il n'y en a pas : dès que le mari a épuisé tout son patrimoine, elle lui permet indistinctement d'aliéner celui de sa femme.

L'ancienne coutume allait même plus loin : ce n'était que lorsqu'il y avait des enfans, qu'elle défendait au mari de toucher aux biens de sa femme avant d'avoir aliéné tous les siens : un mari qui n'avait pas d'enfans, pouvait conserver ses fonds, et vendre ceux de sa femme. C'est ce qui résultait de ces termes de l'art. 62, que « un mari ayant enfant légitime, ne peut vendre les héritages de sa » dite femme, si longuement qu'il ait héritages à lui appartenans ».

Mais la nouvelle coutume a dérogé à cet article : elle s'est exprimée en termes généraux; et par-là, elle a fait entendre que sa disposition devait avoir lieu dans le cas où il n'y aurait pas d'enfans, comme dans celui où il y en aurait.

XIII. Une autre différence essentielle qui se trouve entre les coutumes de Mons et de Valenciennes, c'est que, suivant la première, un mari qui n'a plus de biens dans le chef-lieu, peut vendre les héritages de sa femme, sans sa participation et à son insçu. *V.* l'article *Condition de manbournie*.

La coutume de Valenciennes est plus équitable. Une femme ne peut être dépouillée, malgré elle, des biens qu'elle possède dans *cette partie du Hainaut*; et son consentement étant nécessaire à son mari, quand celui-ci veut aliéner une certaine espèce de ses propres biens (1), à plus forte raison doit-il l'être quand il est question de disposer des héritages de la femme même. Aussi l'art. 57 exige-t-il, non-seulement qu'elle donne son agrément, mais encore qu'elle comparaisse avec son mari, dans le moment où l'aliénation se consomme, c'est-à-dire, *dans les devoirs de loi*, et qu'elle se déshérite. « La » femme (porte cet article), ès-ventes, charges, rapports et autres aliénations des hé» ritages et rentes immeubilières procédans » de son lez et costé, s'en devra déshériter, » étant autorisée de ce faire par son mari ».

Dans l'ancienne coutume, il suffisait que le mari se déshérităt avec le consentement de sa femme : c'est ce qu'ont déposé tous les praticiens de Valenciennes, dans une enquête par

(1) *V.* l'article *Conditionner un héritage*.

turbes, du 17 mars 1636, dont j'ai une note manuscrite.

La nouvelle coutume a corrigé cet usage, et l'on ne peut qu'applaudir à sa disposition. Un mari n'est qu'administrateur des biens de sa femme, il n'en a pas la propriété, et par conséquent il ne peut pas la transférer à un tiers par la voie de la déshéritance : la femme seule a ce pouvoir; et pour exercer, elle n'a besoin que de l'autorisation maritale.

Il faut cependant convenir qu'une déshéritance faite par le mari, en vertu d'une procuration de sa femme, pourrait paraître valable dans les cas où la coutume permet de se déshériter par procureur, et qui sont exprimés dans l'art. 68, que nous avons transcrit sous les mots *Devoirs de loi.*

Il semble même que, dans ces cas, il ne faudrait pas de procuration expresse pour la déshéritance, et que le consentement donné pour la vente, devrait suffire. En effet, Pollet, part. 3, §. 56, rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 9 mars 1697, par lequel une permission donnée par un propriétaire, d'hypothéquer son héritage, a été jugée contenir une procuration tacite pour en faire la déshéritance en son nom.

Il a même été jugé au même parlement, que le consentement donné par la dame de Sarieux à son mari, pour l'aliénation des fiefs qu'elle possédait en Hainaut, avait suffi pour assurer irrévocablement l'effet des ventes qu'il en avait faites, quoique ce consentement ne contînt pas un pouvoir spécial de se déshériter au nom de la femme, et *qu'il ne fût pas transcrit tout au long dans l'acte* des devoirs de loi. L'arrêt a été rendu le 22 juillet 1720, et il a été confirmé en révision le 17 juin 1722.

Ce que les praticiens de Valenciennes ont déposé dans l'enquête par turbes, du 17 mars 1636, était donc conforme au droit commun.

Mais, encore une fois, la nouvelle coutume de Valenciennes déroge trop formellement à ces principes, pour qu'on puisse les lui appliquer : elle n'exige pas seulement que la femme consente aux aliénations de ses biens, pour que ces aliénations soient valables; elle veut encore que la femme se déshérite. Il faut donc que la femme remplisse ponctuellement cette formalité, soit en personne, soit par procureur, suivant les circonstances où elle se trouve; mais elle ne peut, en aucun cas, donner sa procuration à son mari; il faut qu'elle fasse choix d'un étranger. C'est dans le même esprit que l'art. 18 de cette coutume défend au mari de *relever l'héritage de par sa femme, si elle n'y est en personne, ou procureur pour elle suffisamment établi.*

XIV. Il est inutile d'observer que le concours de toutes les conditions dont on vient de faire l'analyse, n'attribue pas au mari plus de pouvoir sur les biens de sa femme, qu'il n'en a sur les siens propres; c'est une vérité trop palpable pour qu'elle ait besoin de preuve. Ainsi, dans la coutume de Valenciennes, un mari qui a des enfans, ne pouvant pas aliéner ses *biens patrimoniaux*, ne peut pas non plus aliéner ceux de sa femme, lors même que celle-ci y consent, et qu'il n'a plus rien de son côté. C'est ce qui résulte des art. 53 et 58.

XV. Revenons à la coutume du chef-lieu de Mons.

Le concours des conditions qu'elle prescrit pour l'aliénation des biens de la femme, n'est pas toujours d'une nécessité absolue. Il est plusieurs cas où cette loi, d'ailleurs si favorable aux maris, se relâche de la rigueur scrupuleuse avec laquelle elle en exige l'accomplissement.

1°. Il n'est pas douteux qu'un mari qui se trouve dans la nécessité, après avoir épuisé toutes les ressources que ses propres biens pouvaient lui fournir, ne puisse, avec le consentement de sa femme, quoiqu'il n'en ait pas d'enfans, obtenir valablement une permission de justice pour aliéner les biens de celle-ci. Mais il faut que cette permission soit précédée d'un avis de parens, et donnée avec pleine connaissance de cause. Cela résulte du chap. 24 de la coutume du chef-lieu de Mons.

2°. Il est de principe, dans cette coutume, qu'un incapable d'aliéner devient capable par le consentement de son héritier présomptif, quand même ce dernier n'aurait pas les qualités requises pour disposer de ses propres biens. De là l'axiome que *deux impuissans font un puissant.* Ainsi, les biens d'une femme qui n'a pas d'enfans, peuvent être aliénés par son mari, lorsqu'elle et son héritier présomptif y consentent : ce double consentement rend l'aliénation inattaquable. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Flandre, du 20 juin 1777, qui est rapporté sous le mot *Loer.*

3°. Une autre exception aux principes généraux de la coutume de Mons, est écrite dans le texte même de cette loi. Voici ce que porte le chap. 11 : « Que vous parastres (*beaux-pères*) pourront les maisons et héritages de » par leur femme donner à rente, pourvu » qu'ils seront tenus remonstrer le cas à la » loi du lieu, et par le conseil de ladite loi, » en y appelant les enfans, si âgés sont, aussi » deux des plus proximes du côté dont les

» héritages viendront : et si le cas est trouvé » raisonnable, en soit ainsi fait et usé par » recours (*par enchère publique*), non autrement ».

Le sens de ce chapitre est facile à saisir. C'est une maxime constante dans le chef-lieu de Mons, comme on l'a vu aux articles *Condition de Manbournie* et *Dévolution coutumière*, que l'état d'époux en secondes nôces avec enfans d'un premier lit, empêche l'aliénation de tous les acquêts et propres collatéraux dont on se trouvait possesseur au moment du second mariage, et même de tous les propres échus en ligne directe après cette époque. Le second mari d'une femme qui a des enfans d'un premier lit, ne peut donc jamais en aliéner les biens, lors même qu'il réunit en sa faveur toutes les circonstances dans lesquelles la coutume attribue ce droit à un premier mari.

Cela posé, il est évident que le chapitre cité déroge aux maximes générales de la coutume, en deux points importans : 1°. en ce qu'il permet au mari d'une femme qui a des enfans d'un lit précédent, de bailler à rente les biens de celle-ci, moyennant un décret de justice donné sur l'avis des enfans auxquels ces biens sont dévolus ou affectés, et des collatéraux de la ligne desquels ils proviennent; 2°. en ce qu'il n'exige point pour cela, dans le second mari, la réunion des circonstances dont la coutume fait régulièrement dépendre la faculté d'aliéner les biens des femmes.

D'après cela, on ne balancera pas sans doute à étendre la disposition de ce chapitre aux premiers maris. Si, pour bailler à rente des biens affectés aux enfans d'un lit précédent, un second mari n'a besoin que d'un décret de justice, soit qu'il ait ou qu'il n'ait pas lui-même des enfans de la femme à qui ils appartiennent, soit qu'il ait vendu tout son propre patrimoine, ou qu'il l'ait encore entier, à plus forte raison n'en doit-on pas exiger davantage d'un premier mari, pour aliéner, par un pareil acte, des biens qui ne peuvent être affectés qu'à des collatéraux.

4°. La jurisprudence du chef-lieu de Mons admet encore, par rapport aux conditions dont elle exige le concours pour l'aliénation des biens des femmes, une exception très-remarquable, mais bornée à un canton de cette partie du Hainaut.

La coutume locale de Binche s'accorde avec la loi générale du chef-lieu, en ce qu'elle ne permet à un mari de vendre le bien de sa femme, sans son consentement, que lorsqu'il en a des enfans : mais elle s'en éloigne en deux points essentiels.

D'abord, dans le cas où il n'y a pas d'enfans, elle attribue au consentement de la femme l'effet de rendre valable l'aliénation de ses biens par son mari.

En second lieu, dans l'un et l'autre cas, elle ne prescrit pas l'aliénation préalable de tout ce que le mari possède dans le chef-lieu, comme une condition nécessaire à la validité de l'aliénation des biens de la femme. Voici comment elle s'exprime, art. 83 : « Le mari, » constant le mariage, peut vendre, déshériter ou aliéner le bien de sa femme, en » cas qu'il en ait des enfans, et non autrement; si ce n'est qu'icelle, de sa pure et » franche volonté, veuille faire ladite aliénation, consentir au vendage et déshéritance (1) ».

Ce qu'ajoute le même article pour déterminer la forme du consentement qu'une femme sans enfans doit donner à l'aliénation de ses biens, mérite une attention particulière : « Auquel cas toutefois il doit conster » aux jurés de telle affection et libre volonté » de la femme, l'ayant sur ce interrogée et » examinée en secret et en l'absence dudit » mari ».

XVI. Nous venons de dire que la faculté accordée par cette coutume locale, à un mari sans enfans qui a des biens dans le chef-lieu, d'aliéner les héritages de sa femme, avec le consentement de celle-ci, est une dérogation à la coutume générale de Mons; et en effet, le seul consentement de la femme ne suffit pas, dans celle-ci, pour rendre ses biens *aliénables* par un mari qui ne réunit pas en sa faveur les deux conditions de n'avoir plus de biens et d'avoir des enfans.

Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, n'en a cependant pas jugé ainsi. Après avoir donné un précis des conditions requises par les chartes générales et par la coutume de Mons, pour qu'un mari puisse aliéner les biens de sa femme, il pose, comme une maxime certaine et conforme au droit général du Hainaut, « que la femme » autorisée de son mari, peut aliéner les » fiefs, francs-alleux et mainfermes, dont » elle aurait la libre disposition, si elle n'était » pas mariée »; c'est-à-dire que, suivant cet auteur, une femme peut renoncer aux différentes lois qui interdisent l'aliénation de ses

(1) La coutume de Binche est conforme, en ce point, à celle d'Utrecht, rubr. 22, art. 2; et à celle de Vianen et d'Ameyden, rubr. 4, art. 7, §. 1. Je n'en connais point de semblable en France.

propres au mari en faveur duquel ne concourent pas les conditions qu'elles exigent.

Mais il est aisé de sentir l'erreur de ce système.

Dumées s'appuie d'abord sur l'art. 21 du *tit. 11 de la coutume de Tournai*, qui permet aux femmes d'aliéner leurs biens avec l'autorisation de leurs maris. Mais quel rapport y a-t-il entre cette coutume et la jurisprudence du Hainaut? On sait bien que le droit commun des pays coutumiers ne demande, pour l'aliénation d'un fonds dotal, que la volonté des deux époux; mais, comme il n'est ici question que de savoir si ce point de droit commun peut être appliqué à la province du Hainaut, les coutumes étrangères doivent absolument se taire.

Dumées se fonde ensuite sur l'art. 57 de la coutume de Valenciennes. On jugera de l'application qu'il en fait, par les termes dans lesquels ce texte est conçu : « La femme ès » ventes, charges, rapports, et autres aliénations des héritages et rentes immeubiliaires procédans de son lez et costé, s'en » devra déshériter, étant autorisée de ce faire » par son mari ».

Il résulte bien de cet article, que l'aliénation d'un fonds dotal ne peut être faite par le mari sans l'intervention de sa femme, ni par la femme sans l'autorisation de son mari, ce qui revient au même; mais peut-on inférer de là que le consentement réuni des deux époux suffise pour rendre le fonds aliénable? On le croirait peut-être, si l'art. 57 était isolé : mais comment une pareille idée peut-elle se concilier avec les trois articles précédens qui interdisent expressément à un mari tout acte d'aliénation relatif aux biens de sa femme, tant qu'il possède quelque fonds ou quelque rente immobilière dans un endroit quelconque du chef-lieu de Valenciennes?

La coutume de Binche, dans l'art. 83 rapporté ci-dessus, n'est pas plus favorable au système de Dumées : elle l'adopte, à la vérité, de la manière la plus formelle; mais ne peut-on pas regarder sa disposition comme une reconnaissance faite par les rédacteurs, de la contrariété qui règne sur cette matière, entre la jurisprudence générale de cette province, et les usages particuliers de ce territoire? Si cette disposition ne dérogeait pas à la coutume du chef-lieu de Mons, il eût été inutile de l'insérer dans celle de Binche qui en est locale.

C'est cependant à la coutume de Mons, que Dumées applique principalement son système; et, à cet égard, voici comment il raisonne : « Une fille à marier peut aliéner..... » les mainfermes qu'elle a acquis dans le chef-» lieu de Mons; en se mariant, elle perd sa » liberté; elle passe sous la puissance d'un » mari. Cette puissance est un obstacle à ce » qu'elle puisse disposer comme avant que » de se marier; pourquoi un mari ne pourrait-il pas lui restituer, en certaines occasions, sa liberté, qui dépend uniquement » de son autorisation »?

Ma réponse est très-simple. Pour aliéner des acquêts situés dans le chef-lieu de Mons, il faut être *au même état* que quand on les a faits; c'est la disposition précise du décret des archiducs, du 25 mars 1606, art. 1. Or, une femme, en se mariant, change certainement d'état; ce changement imprime donc en elle une incapacité légale; et cette incapacité, il ne dépend pas du mari de la faire cesser par son autorisation; car la loi qui la prononce, est absolue.

Le raisonnement de Dumées pourrait plutôt s'appliquer aux fiefs, parcequ'à l'égard de ces biens, le changement d'état qui s'opère par le mariage, ne fait naître aucune incapacité particulière. Mais l'art. 3 du chap. 94 des chartes générales, rapporté ci-dessus, déclare très-positivement qu'un mari sans enfans ne peut pas aliéner les fiefs de sa femme, lors même qu'elle y consent. La chose, à la vérité, paraît singulière, mais elle est établie sur une loi expresse, et deux ou trois lignes de bonnes raisons ne suffisent pas pour la renverser.

[[XVII. *Au surplus*, et cette observation est très-importante, ces dispositions des coutumes de Mons, de Valenciennes et de Binche, concernant les mainfermes, ont cessé de faire loi dès la publication des décrets du 4 août 1789, destructifs du régime féodal et censuel.

Mais les règles établies par les chartes générales, pour l'aliénation des fiefs, sont restées dans toute leur vigueur jusqu'à la publication du Code civil, non pas que, depuis les décrets du 4 août 1789, il y eût encore des fiefs dans le Hainaut, mais parceque les chartes générales elles-mêmes déclaraient ces règles communes aux francs-alleux (1), et que, conséquemment elles gouvernaient encore, en vertu de l'art. 2 de la loi du 19-27 septembre

(1) « Et au regard des vendages d'alloets, reprises » lignagères, aliénations ou dispositions, nouvelles » charges et retraites d'iceux faute de paiement de » rente, il en sera fait comme dit est ci-dessus pour » fief ». *Chap.* 106, *art.* 2.

1790, non-seulement les biens qui, avant la révolution, étaient reconnus pour allodiaux, mais encore ceux qui avaient alors, soit le caractère de fiefs, soit celui de mainfermes. *V.* l'article *Franc-Alleu*, §. 32.

XVIII. Quel est donc aujourd'hui, soit dans le Hainaut, soit dans les autres pays que l'on appelait autrefois coutumiers, le pouvoir du mari en ce qui concerne l'aliénation des biens de sa femme?

Il faut distinguer : ou la femme a été mariée sous le régime dotal, ou elle a été mariée sous le régime de la communauté.

Au premier cas, la règle générale est que le mari ne peut, même avec le consentement de sa femme, aliéner ceux des propres de celle-ci qui lui tiennent nature de dot; mais qu'il peut, avec son consentement, aliéner les biens qu'elle possède comme paraphernaux. *V.* les articles *Dot*, §. 3, et *Paraphernal*.

Au second cas, le mari peut, avec le consentement de sa femme, aliéner tous les biens qu'elle possède comme propres. C'est ce qui résulte de l'art. 1428 du Code civil.

XIX. Mais ces règles sont-elles applicables aux femmes qui étaient mariées avant que le Code civil eût abrogé les anciennes lois et les anciennes coutumes?

Voici une espèce dans laquelle j'ai traité cette question.

Le 13 septembre 1791, contrat de mariage devant notaire à Caudebec, entre le sieur Sombret, domicilié à Abbeville, et la demoiselle Guillebert, née et domiciliée en Normandie. Par cet acte, les futurs époux stipulent « qu'ils seront communs en tous biens, » meubles et conquêts immeubles, suivant » la coutume de Ponthieu, qui régit la ville » d'Abbeville où ils vont établir leur domi- » cile ».

En 1806 et 1807, la dame Sombret souscrit, solidairement avec son mari, divers billets à ordre, au profit du sieur Leullier, agent de change à Abbeville. A l'échéance de ces billets, le sieur Leullier obtient, au tribunal de commerce d'Abbeville, des jugemens qui condamnent les sieur et dame Sombret à lui en payer le montant.

Peu de temps après, la dame Sombret recueille la succession de son frère, consistant en immeubles situés dans la ci-devant Normandie.

Le 20 août 1808, le sieur Leullier prend au bureau des hypothèques d'Yvetot, en vertu des jugemens du tribunal d'Abbeville, des inscriptions hypothécaires sur ces immeubles.

Et le 13 juin 1809, il fait un commandement à la dame Sombret de lui payer le montant de ses condamnations; à défaut de quoi, il lui déclare qu'il poursuivra la saisie immobilière des biens dont il s'agit.

La dame Sombret demande la nullité des inscriptions hypothécaires.

Le 17 août de la même année, jugement contradictoire par lequel,

« Considérant que la dame Sombret a été mariée sous la coutume de la province de Normandie où elle demeurait; que cette coutume était un statut réel auquel il n'était pas permis de déroger par rapport aux biens qu'elle régissait; que, d'après les dispositions de son art. 389, la communauté de biens entre époux ne pouvait pas être établie; que la stipulation de la communauté qui se trouve dans le contrat de mariage de la dame Sombret, doit conséquemment être envisagée comme nulle;

» Considérant que les droits des époux sont assurés par la loi existante lors de leur union, et que les lois postérieures qui l'abrogent, ne peuvent lui porter atteinte; que, si, d'un côté, dans le cas prévu par l'art. 538 de la coutume de Normandie, une femme mariée lorsque cette coutume était encore dans toute sa vigueur, pouvait valablement consentir, de l'autorité de son mari, ou des ventes ou des hypothèques qui sont des aliénations; de l'autre côté, les art. 539, 540 et 542 de la même coutume la préservaient, durant son mariage, non-seulement de la perte de ses biens immeubles dotaux, mais encore de ses autres biens immeubles à elle échus consistant ce mariage, soit à droit de succession, donation, acquisition, soit autrement; que le lien qu'elle a formé, ne l'a été que sous cette garantie, et qu'elle ne doit pas être trompée;

» Considérant qu'en ce cas, le droit d'exercer sa récompense du prix de ces ventes ou du montant de ces hypothèques, sur la fortune de son mari, ou, s'il en était dépourvu, de les révoquer, sauf aux acquéreurs à lui payer le juste prix de ses biens aliénés, a été irrévocablement acquis lors de la célébration de son mariage; que, par une juste application de ces principes certains à l'espèce particulière, les jugemens que le sieur Leullier a obtenus contre la dame Sombret, en conséquence des obligations qu'elle a contractées à son profit, solidairement avec son mari, depuis leur mariage, ne pourraient avoir d'effet sur les biens de la dame Sombret, qu'autant

qu'elle pourrait, sur ceux de son mari, recouvrer la valeur des condamnations que prononcent ces jugemens;

» Considérant que le sieur Sombret est en état de faillite; qu'il est constant qu'il n'a aucuns biens qui puissent fournir cette valeur à son épouse; que les biens de celle-ci ne doivent donc pas être passibles de l'exécution des jugemens dont il s'agit; qu'il suffit que l'autorité de la loi régnante à l'époque du mariage de la dame Sombret, l'ait investie, au moment même de sa célébration, du droit de réclamer, après sa dissolution ou après sa séparation civile, la totalité, ou de ses biens immeubles, tant dotaux que non dotaux, ou de leur valeur, ainsi que cette loi le déterminait, pour que le Code civil, survenu nombre d'années après ce mariage, n'ait pu l'en dépouiller;

» Considérant que ce Code n'a point et qu'on ne doit pas lui donner d'effet rétroactif; qu'il est vrai qu'à l'égard des droits des époux mariés avant sa publication, il restera un certain temps assez long sans exécution, mais que cet inconvénient est moindre que celui de violer la foi des pactions légales, sans l'existence desquelles ces époux n'eussent peut-être pas contracté;

» Le tribunal.....; faisant droit aux parties, condamne le sieur Leullier, sous la contrainte de 5000 francs, à donner à la dame Sombret main-levée des inscriptions par lui prises au bureau de la conservation des hypothèques établi à Yvetot, le 20 août 1808, vol. 27, nos. 39, 40 et 41, et condamne ledit Leullier aux dépens ».

Mais le sieur Leullier appelle de ce jugement; et par arrêt du 10 août 1810,

« Vu le contrat de mariage passé devant le notaire de Caudebec, le 13 septembre 1791, duquel il résulte que les époux se sont mariés suivant le régime de la communauté, aux termes de la coutume de Ponthieu, sous l'empire de laquelle ils allaient habiter, et ont dérogé, par une clause expresse, à toute autre coutume;

» Attendu que la liberté des conventions matrimoniales est du droit naturel et des gens, et que le Code civil qui l'a consacrée, n'a fait que proclamer un principe préexistant, contre lequel viennent se briser toutes jurisprudences contraires; et que ce principe est surtout applicable à l'espèce de la cause, où il s'agit de biens échus à la femme Sombret, d'une succession collatérale, postérieurement à la promulgation du Code civil;

» La cour (d'appel de Rouen) met l'appellation et ce dont est appel au néant; émendant, déclare la dame Sombret non-recevable dans sa demande en main-levée des inscriptions prises sur ses biens par les sieur Leullier ».

Recours en cassation de la part de la dame Sombret.

« La dame Sombret (ai-je dit à l'audience de la section civile, le 19 août 1812) était-elle en communauté de biens avec son mari, lorsqu'elle a contracté, envers le sieur Leullier, les obligations par suite desquelles celui-ci a pris des inscriptions hypothécaires sur les immeubles dont il s'agit? C'est la première et presque la seule question qui, dans cette affaire, a occupé la cour de Rouen.

» Examinons d'abord si la cour de Rouen l'a jugée conformément aux vrais principes. Nous verrons ensuite, si de la solution qu'elle lui a donnée, elle a tiré une conséquence avouée par les lois.

» L'art. 389 de la coutume de Normandie déclarait que les personnes mariées n'étaient pas communes en biens.

» Les art. 331 et 393 donnaient à la femme, au décès de son mari, tantôt le tiers et tantôt la moitié de ses meubles, tantôt la moitié, tantôt le tiers en propriété, et tantôt le tiers en usufruit, de ses conquêts.

» Et l'art. 330 ajoutait : *Quelqu'accord ou convention qui ait été fait par le contrat de mariage et en faveur d'icelui, les femmes ne peuvent avoir plus grande part aux conquêts faits par le mari, que ce qui leur appartient par la coutume à laquelle les contractans ne peuvent déroger.*

» Cette disposition avait paru à tous les commentateurs de la coutume de Normandie, équipoller à une prohibition absolue de la stipulation de communauté; et il n'y avait jamais eu la moindre difficulté là-dessus entre époux normands.

» Mais la prohibition de la communauté entre époux normands, empêchait-elle que la communauté n'eût lieu, même pour les conquêts situés en Normandie, entre un mari et une femme dont le domicile matrimonial était hors de cette contrée?

» Les jurisconsultes normands soutenaient que, même en ce cas, les biens conquêts de Normandie n'entraient pas dans la communauté : mais ils convenaient, ce qui revenait à peu près au même, que, si alors la femme ne prenait point part aux conquêts de Normandie, en qualité de commune, du moins il lui en appartenait la moitié à titre de dommages-intérêts.

» Mais les jurisconsultes parisiens soutenaient, et le parlement de Paris jugeait cons-

tamment, qu'en ce cas, la femme était, de plein droit, commune en Normandie comme ailleurs. *Consultant une pareille difficulté* (dit Tronçon, sur l'art. 220 de la coutume de Paris) *avec Marie-Anne Robert, il me donna avis que la coutume de Normandie, bien que prohibitive, n'avait lieu et ne se doit entendre sinon contre ceux du pays qui y demeurent et y contractent; mais quant à ceux dudit pays qui se marient à Paris, et y passent leur contrat de mariage avec filles ou femmes veuves qui n'y sont demeurantes, peuvent stipuler communauté de biens qui seront acquis en Normandie, en renonçant expressément à la coutume, avec déclaration expresse qu'ils entendent régler leurs conventions selon la coutume de la prévôté et vicomté de Paris, sous la juridiction et scel de laquelle prévôté sera passé le contrat de mariage, avec élection de domicile perpétuel et irrévocable en ladite ville, pour l'exécution du contrat. En ce cas, la coutume de Normandie, bien que réelle, contraire à cette convention, sera contrainte et nécessitée de suivre la loi de convention personnelle, qui emporte la réelle comme la plus noble. Car les coutumes sont réputées réelles, en ce qui dépend de la simple disposition de la coutume*; secùs, *quand il s'y rencontre de la disposition de l'homme, auquel cas elle empêche la réalité, faisant prévaloir sa disposition par-dessus celle de la coutume. En pareille stipulation et convention de communauté par contrat de mariage passé à Paris, ainsi qu'il a été dit, la cour a jugé que l'on ne considère pas les coutumes où sont les choses acquises, mais le lieu où le contrat de mariage a été passé, qui a réglé la communauté et le domicile actuel des contractans. Arrêts du parlement de Paris, le premier, du 11 juin 1572, donné au profit du sieur Villebon, de la maison Destouteville; l'autre, prononcé en robes rouges, le 12 mai 1595, au profit de la veuve de Larchen.*

» Et de là il suit nécessairement qu'il en eût été de même si, comme dans notre espèce, une femme née et domiciliée en Normandie, eût épousé un homme domicilié dans une coutume qui admettait la communauté, soit légale, soit conventionnelle, quoique d'ailleurs, comme dans notre espèce, le contrat de mariage eût été passé dans le lieu du domicile de la femme. Car, en quelque lieu que se contracte le mariage, il est toujours censé, relativement aux droits des époux, se contracter dans le lieu où ils vont s'établir immédiatement après la cérémonie nuptiale; et c'est toujours ce lieu qui constitue ce qu'on appelle le *domicile matrimonial*. La loi 65, D. *de judiciis*, en contient une disposition expresse (1).

» Ainsi, nul doute que la cour de Rouen n'ait bien jugé, en déclarant que la dame Sombret avait été commune avec son mari, par l'effet de la stipulation de communauté qu'ils avaient insérée dans leur contrat de mariage; et que, quoiqu'ils se fussent mariés en Normandie, il suffisait qu'ils l'eussent fait avec l'intention d'aller demeurer dans la coutume de Ponthieu, pour qu'ils fussent censés mariés dans la coutume de Ponthieu elle-même.

» Mais est-ce à dire pour cela que la cour de Rouen a également bien jugé? Est-ce à dire pour cela qu'elle n'a violé aucune loi, en décidant que la dame Sombret avait pu hypothéquer ses immeubles normands, ou, ce qui est la même chose, que les immeubles normands de la dame Sombret avaient pu être frappés d'hypothèques en vertu de jugemens rendus contre elle?

» L'affirmative serait incontestable, si, avant le Code civil, de ce qu'une femme était en communauté de meubles et de conquêts avec son mari, il se fût nécessairement ensuivi qu'elle pouvait, avec l'autorisation de son mari, aliéner irrévocablement ses propres.

» Mais qu'avait alors de commun le statut qui admettait, excluait ou prohibait la communauté, avec le statut qui déterminait l'habileté ou l'inhabileté de la femme à hypothéquer ou aliéner ses propres? Et où a-t-on vu qu'il fût alors conséquent de dire : telle femme est ou a pu être commune : donc ses propres sont aliénables; telle femme n'a pas pu stipuler de communauté : donc elle ne peut pas aliéner ses propres?

» Sans doute, dans la coutume de Paris et dans un grand nombre d'autres qui admettaient la communauté, la femme pouvait, avec l'autorisation de son mari, aliéner incommutablement ceux de ses biens qui n'entraient pas dans la communauté même; mais ce pouvoir, elle ne le tenait, ni de sa qualité de commune, ni de son habileté à le devenir, si elle l'eût voulu, si elle n'eût pas dérogé, par son contrat de mariage, à la communauté légale; elle ne le tenait que de la manière dont la loi avait pourvu à la conservation de ses biens; et la loi, en y pourvoyant, n'avait pas considéré sa qualité de femme commune, elle n'avait considéré que sa qualité de femme mariée.

---

(1) *V.* l'article *Conventions matrimoniales*, §. 2.

» Les chartes générales de Hainaut admettaient bien constamment la communauté. Cependant, lorsqu'une femme avait des enfans, elle ne pouvait, même avec l'autorisation de son mari, aliéner les fiefs ni les biens allodiaux qu'elle possédait sous l'empire de ces lois. C'est ce que ces lois déclaraient elles-mêmes, chap. 94, art. 3.

» La coutume de Valenciennes admettait bien constamment la communauté. Cependant elle ne permettait à la femme d'aliéner les mainfermes qui lui tenaient nature de propres, qu'après l'entier épuisement du patrimoine de son mari. Telle était la disposition expresse des art. 54, 55 et 57 de cette coutume.

» La coutume de Mons admettait bien constamment la communauté. Cependant, lorsqu'un homme avait, suivant l'expression de cette coutume, *femme première et enfans vivans d'elle*, il pouvait aliéner les propres de cette femme, et même en disposer à son profit personnel, sans qu'elle y consentit et à son insçu. Cela était ainsi réglé par un célèbre décret des archiducs Albert et Isabelle, du 20 mars 1606.

» Enfin, nous l'avons déjà dit, lorsque deux époux s'étaient mariés dans une coutume qui admettait la communauté, ils étaient communs, non-seulement quant aux meubles qui leur échéaient respectivement, et quant aux conquêts qu'ils faisaient dans cette coutume et dans toutes celles où la communauté était de droit ou permise; mais encore quant aux meubles qui leur échéaient et quant aux conquêts *qu'ils pouvaient faire dans la coutume de Normandie*, quoique d'ailleurs celle-ci exclût et même prohibât la communauté. Cependant si une femme mariée dans la coutume de Paris, possédait des biens propres dans la coutume de Normandie, son mari avait beau l'autoriser à les vendre ou à les hypothéquer, elle ne pouvait pas les vendre ou les hypothéquer incommutablement; elle ne pouvait les vendre ou les hypothéquer qu'avec la réserve toujours sous-entendue par le statut normand, de son recours contre les tiers-acquéreurs, en cas que son mari se trouvât, par le mauvais état de ses affaires, hors d'état de l'en récompenser.

» C'est ce qu'avaient jugé une foule d'arrêts.

» Basnage, sur l'art. 539 de la coutume de Normandie, en rapporte trois du parlement de Rouen, des 20 décembre 1617, 9 mars 1679 et 18 juin 1680.

» Froland, dans ses *mémoires concernant la qualité des statuts*, page 1014, rend le même témoignage de la jurisprudence du parlement de Paris.

» *On a demandé* (*dit-il*) *une infinité de fois, si la femme domiciliée à Paris, qui pouvait engager, par des contrats par elle faits conjointement avec son mari, les immeubles qu'elle avait sous la coutume de Paris et autres semblables, avait la même faculté par rapport à ceux qu'elle possédait en Normandie; et le parlement de Paris, s'appuyant sur les art.* 539 *et* 540 *de la coutume de cette province, qu'il a regardée comme des statuts réels, a perpétuellement jugé qu'elle ne l'avait pas. C'est la décision précise des arrêts de Fisque, de Flavacourt, de Béthume-d'Orval et d'une infinité d'autres, qui n'ont point eu égard à la loi du domicile et, qui, au contraire, ont fait valoir celle de la situation des biens.*

» Le même auteur, pages 1047 et suivantes, rend un compte fort détaillé d'une conférence, tenue à la bibliothèque des avocats au parlement de Paris, en présence de M. l'avocat général Lamoignon, le 31 décembre 1718, dont le résultat fut *que la femme domiciliée en Normandie, ne pouvait inquiéter les acquéreurs des biens aliénés par elle et son époux, sous la coutume de Paris, et que la femme qui avait son domicile à Paris était bien fondée à exercer l'action subsidiaire que la coutume de Normandie lui déférait pour les biens situés dans son ressort, quand ceux de son mari n'étaient pas suffisans pour lui donner sa récompense.*

» Il revient encore sur la question dans ses *mémoires sur le sénatus-consulte Velleien*, part. 2, chap. 3; et il rapporte, dans le plus grand détail, six arrêts du parlement de Paris, des 6 septembre 1664, 7 septembre 1685, 13 août 1686, 4 septembre 1688, 20 juin 1689 et 26 août 1700, qui jugent uniformément pour la réalité du statut résultant des art. 539 et 540 de la coutume de Normandie.

» Ainsi, rien à conclure de la théorie de la communauté à la théorie de l'aliénation des propres de la femme. Le statut de la communauté est purement personnel; il ne dépend que du domicile matrimonial : le statut de l'aliénation des propres de la femme est absolument réel; il ne dépend que de la situation des biens.

» Mais d'après cela, il paraît, au premier coup d'œil, bien difficile de justifier l'arrêt qui vous est dénoncé par la dame Sombret.

» Pour l'apprécier avec justesse, plaçons-nous d'abord dans une hypothèse qui n'est

pas celle de la cause : supposons qu'il soit ici question de biens échus à la dame Sombret, avant le Code civil.

» Dans cette hypothèse l'arrêt viole-t-il l'art. 542 de la coutume de Normandie ?

» Vous savez, messieurs, que cet article, ajoutant aux dispositions des art. 539 et 540, relatives aux biens dotaux de la femme, déclarait, à l'égard des biens non dotaux échus à la femme pendant le mariage, *par succession, donation, acquisition ou autrement*, (que) *s'ils étaient aliénés par la femme et le mari ensemble, ou par la femme du consentement et autorité de son mari, et que l'argent provenant de la vente, n'eût été converti au profit de la femme*, elle devait *avoir récompense sur les biens de son mari ; et où le mari serait non-solvable, subsidiairement contre les détenteurs desdits biens, lesquels en* seraient *quittes en payant le juste prix d'iceux, eu égard à ce qu'ils valaient lors du contrat.*

» Il résulte bien nettement de cet article, que la femme ne pouvait aliéner ses immeubles, même non dotaux, qu'à la charge d'un remplacement valable, que les acquéreurs étaient subsidiairement tenus de lui fournir.

» Or, comment aurait-elle pu hypothéquer des immeubles qu'elle ne pouvait aliéner que sous cette charge ?

» L'hypothèque n'est qu'un vain mot ; elle n'est rien si elle ne confère au créancier à qui elle est accordée, le droit de faire vendre judiciairement l'immeuble qu'elle affecte, pour en appliquer le prix au paiement de sa créance ; et assurément le créancier à qui une femme aurait accordé une hypothèque sur ses immeubles normands, n'aurait pas pu les faire vendre pour s'en approprier le prix, puisqu'il aurait été lui-même obligé de remployer ce prix ou profit de la femme, et qu'à défaut de remploi, la femme aurait pu reprendre ses immeubles en nature dans les mains des acquéreurs.

» La dame Sombret était donc incapable d'hypothéquer ses immeubles normands, par cela seul qu'elle était incapable de les vendre sans charge de remploi, et sans recours subsidiaire contre les acquéreurs pour l'accomplissement de cette charge. Et par conséquent, s'il est ici question de vrais immeubles normands, la cour d'appel de Rouen a violé, en jugeant que la dame Sombret avait pu les hypothéquer, l'article de la coutume qui lui en interdisait la vente incommutable.

» De quel prétexte pourrait-on chercher à couvrir une contravention aussi manifeste ?

» Dira-t-on que la dame Sombret n'a souscrit les billets et subi les condamnations en vertu desquels ont été prises les inscriptions hypothécaires maintenues par la cour d'appel de Rouen, que postérieurement à la mise en activité du Code civil, et par conséquent à une époque où la coutume de Normandie n'existait plus ?

» Mais raisonner ainsi, ce serait donner au Code civil un effet rétroactif ; ce serait contrevenir formellement à l'art. 2 de ce Code.

» La dame Sombret s'est mariée avant le Code civil ; elle s'est mariée dans un temps où l'art. 542 de la coutume de Normandie était encore dans toute sa vigueur ; elle s'est donc mariée avec l'assurance que l'art. 542 de la coutume de Normandie la protégerait contre toute aliénation qu'elle pourrait faire de ses immeubles normands ; elle s'est donc mariée sous la foi de la promesse que lui faisait cette coutume, de la faire rentrer dans ses biens, ou dans la valeur de ses biens normands, qu'elle aurait la faiblesse d'aliéner pendant son mariage. L'art. 542 de cette coutume a donc survécu, pour elle, à la mise en activité du Code civil.

» Telle est la conséquence du principe qui veut que les droits des époux, notamment en ce qui concerne la capacité ou l'incapacité d'aliéner, résultant de leur qualité même d'époux, se règlent, non par la loi du temps où se fait l'acte d'aliénation qu'il s'agit d'apprécier, mais par la loi du temps où a été célébré le mariage.

» Et ce principe mérite ici d'autant plus de considération, que la cour elle-même l'a formellement consacré, pour le ci-devant Roussillon et la ci-devant Normandie, par quatre arrêts également remarquables.

» Le 15 décembre 1777, contrat de mariage entre le sieur Cavaller et la demoiselle Novira, tous deux domiciliés à Perpignan. La demoiselle Novira se constitue en dot tous ses biens présens et à venir.

» En 1805, la dame Cavaller s'oblige solidairement avec son mari, envers le sieur Marquier, pour une somme de 21,103 francs, et elle affecte au paiement de cette somme, ses biens dotaux situés dans le ci-devant Roussillon. En conséquence, le sieur Marquier prend sur ses biens une inscription hypothécaire.

» Le 13 juin 1806, la dame Cavaller fait assigner le sieur Marquier au tribunal de première instance de Perpignan, pour voir dire que la clause de l'acte de 1805 par laquelle

elle a hypothéqué ses biens dotaux, sera déclarée nulle, comme contraire à l'art. 1554 du Code civil, et ordonner en conséquence la radiation de l'inscription hypothécaire qu'il a prise.

» Le sieur Marquier répond qu'à l'époque du mariage de la dame Cavaller, les statuts et les usages du Roussillon laissaient aux femmes mariées la liberté d'aliéner et d'hypothéquer leurs biens dotaux; et que la dame Cavaller ayant acquis cette liberté en se mariant, n'en avait pu être et n'en avait pas été dépouillée par le Code civil.

» Jugement du tribunal de première instance de Perpignan qui, adoptant cette défense, déboute la dame Cavaller de sa demande.

» Mais sur l'appel, la cour de Montpellier, par arrêt du 12 janvier 1809, déclare que les statuts et usages du Roussillon ont été abolis par l'art. 1554 du Code civil, même à l'égard des femmes mariées antérieurement à ce Code; en conséquence, elle annulle l'inscription prise par le sieur Marquier, sur les biens dotaux de la dame Cavaller, et elle en ordonne la radiation.

» Le sieur Marquier se pourvoit en cassation contre cet arrêt; et le 3 septembre de la même année, au rapport de Mr Cassaigne, *vu les art. 2 et 1554 du Code civil; attendu que la loi ne dispose que pour l'avenir, et n'a point d'effet rétroactif; que, si, dans certains pays de droit écrit, il existait des lois ou usages particuliers, suivant lesquels la femme avait le droit d'aliéner et hypothéquer le fonds dotal, cette faculté, formant une condition tacite des constitutions faites sous l'empire de cette jurisprudence, est un droit acquis qui n'a été aboli par aucune loi; qu'on ne peut en faire résulter l'abrogation de l'art. 1554 du Code civil, qui prohibe l'aliénation des biens dotaux, puisqu'il n'a pour objet que les biens placés par la volonté expresse des parties, sous le régime dotal établi par ce Code; qu'il résulte au contraire de l'art. 1557, que, même sous ce régime, l'immeuble dotal peut être aliéné, lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage; qu'en jugeant le contraire et en annulant par suite l'obligation dont il s'agit, l'arrêt a faussement appliqué l'art. 1554 et violé l'art. 2 du Code précité; la cour casse et annulle....*

» Le 13 mai 1807, la dame Sandret, épouse séparée, quant aux biens, du sieur Descalle, et de lui autorisée, fait donation entre-vifs à son unique fils et héritier présomptif, d'une ferme située dans l'arrondissement de Dont-l'Evêque, qui lui avait tenu, sous la coutume de Normandie, nature de bien dotal. Le 26 du même mois, le sieur Descalle, fils, vend cette ferme au sieur Soumillon.

» Le 30 juillet suivant, la dame Descalle fait assigner son fils et le sieur Soumillon, devant le tribunal civil de cet arrondissement, pour voir dire que sa donation sera déclarée nulle, comme faite en contravention aux art. 1554, 1555 et 1556 du Code civil.

» Les assignés opposent l'art. 432 de la coutume de Normandie qui permettait à la femme mariée, lorsqu'elle était autorisée de son mari, de donner ses biens dotaux à ceux de ses enfans qui s'en trouvaient héritier présomptifs.

» La dame Descalle réplique qu'à l'époque de sa donation, la coutume de Normandie était abrogée, et que le Code civil est la seule loi qui doit être consultée.

» Par arrêt du 3 mars 1809, *considérant qu'il s'agit ici de l'effet de la capacité civile, et qu'il s'agit d'un droit personnel qui doit être régi par la loi qui règle la capacité au moment où s'en fait l'exercice*, la cour d'appel de Caen déclare nulle la donation du 13 mai 1807, et les actes qui s'en sont ensuivis.

» Recours en cassation contre cet arrêt de la part du sieur Soumillon. Et le 27 août 1810, au rapport de M. Boyer (1), *vu l'art. 432 de la ci-devant coutume de Normandie et l'art. 1554 du Code civil; attendu que, suivant la disposition du statut normand ci-devant cité, la donation faite par la dame Descalle à son fils, le 13 mai 1807, était valable et régulière; attendu qu'on ne peut pas faire résulter la nullité de cette donation, de la disposition des art. 1554 et suivans du Code civil qui prohibent l'aliénation des biens dotaux, parceque cette prohibition ne peut être appliquée qu'aux biens placés, par la volonté expresse des parties, sous le régime dotal établi par ce même Code, dans des contrats de mariage postérieurs à sa publication; qu'ainsi, l'arrêt attaqué a fait, dans l'espèce, une fausse application des articles précités du Code civil; par ces motifs, la cour casse et annulle....*

» Comme vous le voyez, messieurs, cet arrêt et le précédent jugent, de la manière la plus positive, que la femme capable d'aliéner, d'après la loi sous laquelle a été contracté son mariage, n'en est pas devenue incapable par le Code civil, et qu'elle peut aliéner sous le Code civil même, comme elle aurait pu le faire auparavant.

(1) *V.* dans mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Régime dotal*, §. 2, les conclusions que j'ai données sur cette affaire.

» Les deux arrêts suivans prononcent sur le cas inverse : ils jugent, toujours fondés sur le même principe, que la femme incapable d'aliéner, d'après la loi qui a présidé à son mariage, n'en est pas devenue capable par le Code civil.

» Par acte notarié, du 7 fructidor an 13, la femme Martin, mariée avant le Code civil, séparée de biens d'avec son mari, par un jugement antérieur au même Code, et marchande publique, reconnaît devoir à un fabricant de Bolbec, pour fourniture de marchandises de son commerce, une somme de 2572 francs, au paiement de laquelle, par le même acte, elle hypothèque une maison située au Hâvre, provenant de la succession de son père, et lui tenant, à ce titre, nature de bien dotal. En vertu de cette obligation, le créancier de la dame Martin poursuit l'expropriation forcée de la maison hypothéquée à sa créance. La dame Martin s'oppose à ses poursuites, et se fonde d'abord sur des moyens insignifians. Le 15 janvier 1807, jugement du tribunal civil du Hâvre, qui la déboute de son opposition. Sur l'appel, la dame Martin se retranche dans l'inaliénabilité de la maison du Hâvre. Le 16 juillet suivant, arrêt de la cour de Rouen ainsi conçu : *Vu l'art. 220 du Code civil qui s'explique en termes formels et sans aucune exception, lequel est ainsi conçu :* la femme, si elle est marchande publique, peut, sans l'autorisation de son mari, s'obliger pour ce qui concerne son négoce ; *considérant que l'obligation contractée par l'appelante, est postérieure à la promulgation de cet article ; qu'elle doit, par conséquent, avoir son effet sur l'immeuble qu'elle y a hypothéqué, d'après la faculté qu'elle en avait comme marchande publique ; considérant que, d'après le même article, on ne peut raisonnablement argumenter de l'ancienne jurisprudence consacrée par les art. 126 et 127 du règlement de 1666 ; que l'on ne peut pas davantage invoquer les dispositions du Code relatives au régime dotal, attendu qu'elles ne doivent avoir aucune application à l'égard des femmes marchandes publiques, dont la capacité est réglée par ledit art. 220 ; la cour, sans s'arrêter au nouveau moyen employé sur l'appel par l'appelante, statuant sur ledit appel, dit qu'il a été bien jugé.*

» La femme Martin acquiesce à cet arrêt ; mais frappés de l'atteinte qu'il porte aux lois et aux principes de la matière, nous en requérons d'office la cassation ; et par arrêt du 19 décembre 1810, au rapport de M. Boyer, *vu les art. 538, 540, 541, 542, 543 et 544 de la coutume de Normandie, les art. 126 et 127 des placités de 1666, et l'art. 2 du Code civil ; attendu que, suivant les articles précités de la ci-devant coutume de Normandie, ainsi que des placités de 1666, le bien dotal de la femme mariée sous l'empire de cette coutume, était inaliénable de sa nature ; et que, d'après la jurisprudence locale attestée par les plus célèbres commentateurs de la même coutume, ce principe d'inaliénabilité ne souffrait pas d'exception, même en faveur de la femme marchande publique, laquelle ne pouvait affecter son bien dotal aux engagemens par elle souscrits à raison de son négoce ; attendu que, dans l'espèce, la dame Martin, mariée sous l'empire du droit normand, et bien avant l'émission du Code civil, était nécessairement soumise aux prohibitions portées en ladite coutume, en ce qui concernait la disposition de ses biens dotaux, puisque c'est sur la foi de ces prohibitions qu'étaient intervenues les stipulations de son mariage ; et qu'ainsi, l'arrêt dénoncé, en lui appliquant au contraire les dispositions du Code civil, a fait une fausse application des articles de ce Code qui y sont invoquées, et violé directement l'art. 2 du même Code qui porte que la loi n'a point d'effet rétroactif.... ; la cour casse et annulle...* (1)

» Le 10 frimaire an 7, le sieur Leduc épouse à Evreux, sans contrat de mariage, Marie-Marguerite Mésange. Le 4 avril 1806, la dame Leduc, autorisée de son mari, vend au sieur Cirette une pièce de terre qui fait partie de ses fonds dotaux. Le 26 décembre suivant, elle obtient un jugement qui la sépare de biens d'avec son mari. Le 23 mars 1808, se fondant sur les art. 539 et 540 de la coutume de Normandie, elle fait assigner le sieur Cirette en délaissement de l'immeuble qu'elle lui a vendu, si mieux il n'aime lui en payer la valeur. Le sieur Cirette répond que les art. 539 et 540 de la coutume de Normandie ont été abrogés, soit par la loi du 17 nivôse an 2, sous l'empire de laquelle la dame Leduc s'est mariée, soit par le Code civil qui était en pleine vigueur à l'époque de la vente dont il s'agit. Le 24 décembre 1808, jugement du tribunal civil d'Evreux qui accueille la demande de la dame Leduc, *attendu que les lois existantes à l'époque du mariage, stipulent pour la femme, règlent ses droits et sa capacité ; que ces lois, qui sont pour elle une sauvegarde, la dispensent de toute stipulation, la garantissent de toute surprise, et la protègent contre l'influence maritale, particulièrement lorsqu'il s'agit de l'aliénation de*

(1) *V.* l'article *Dot*, §. 8, n°. 6.

ses biens, qu'ainsi, la femme qui se marie sous l'empire du Code civil, étant avertie qu'elle sera admise au régime de la communauté légale, si elle n'a pas de contrat, prend la précaution d'en arrêter préalablement les articles, pour se lier et conserver intégralement ses biens, en les déclarant soumis au régime dotal; et que la femme Leduc a été mariée avant la promulgation du Code civil et sous l'empire de la ci-devant coutume de Normandie. Le sieur Cirette appelle de ce jugement, et sans succès. Le 24 février 1810, la cour de Rouen met l'appellation au néant. Recours en cassation de la part du sieur Cirette. Mais par arrêt du 30 avril 1810, au rapport de M. Rupérou, et sur les conclusions de M. Daniels, *attendu que les art.* 13 *et* 61 *de la loi du* 17 *nivôse an* 2, *concernent exclusivement les libéralités entre époux et les transmissions de biens à titre gratuit; qu'ainsi, ils ne peuvent s'appliquer au droit de recours que les art.* 539 *et* 540 *de la coutume de Normandie accordaient à la femme contre l'acquéreur de ses biens propres; attendu que ce droit n'était point, comme l'a soutenu le demandeur en cassation, une simple* créance hypothécaire *éventuelle, mais bien un* droit réel, *un droit de* revendication *qui donnait lieu à une action équivalente à l'action en réintégrande (art.* 537 *de la coutume) au profit de la femme, laquelle par conséquent n'avait pas besoin, pour conserver son droit, de prendre inscription au bureau des hypothèques; attendu que la dame Leduc s'étant mariée sans stipulations contractuelles avant la publication du Code civil, et sous l'empire de la coutume de Normandie, cette coutume même avait stipulé pour elle le droit récursoire dont il s'agit; en telle sorte qu'il lui était acquis du jour de la célébration de son mariage, de la même manière qu'il avait été expressément convenu entre les parties; qu'il suit de là que, quelle que soit l'époque de l'aliénation, le Code civil, qui n'a pas d'effet rétroactif, n'a pu anéantir ce droit...; la cour rejette...*

» Voilà donc quatre arrêts (1) qui décident, l'un par induction, les autres textuellement, que le sort des aliénations de biens normands propres à des femmes mariées avant le Code civil, dépend absolument de la coutume de Normandie, quoique ces aliénations aient été faites depuis que la coutume de Normandie a fait place au Code civil.

(1) On en trouvera dans l'instant un cinquième, en date du 21 avril 1813.

» Et il est à remarquer que ces arrêts ont paru au législateur tellement sages, tellement calqués sur l'art. 2 du Code civil lui-même, qu'il les a érigés en lois expresses pour les départemens anséatiques et les provinces illyriennes. *Les droits civils résultant* (porte l'art. 149 du décret du 4 juillet 1811) *des lois et usages en vigueur dans les départemens des Bouches de l'Elbe, des Bouches du Weser et de l'Ems supérieur, ainsi que ceux résultant des actes et conventions d'une date certaine, antérieure à la mise en activité du Code civil dans lesdits départemens, sont et demeurent assurés aux parties, même en ce qu'ils auraient de contraire aux dispositions dudit Code*, et lors même que la jouissance de ces droits ne s'ouvrirait qu'après sa mise en activité... *Les droits des époux mariés avant la mise en activité du Code civil* (ajoute l'art. 150), *encore que la dissolution des mariages n'arrive qu'après cette époque, seront réglés d'après les dispositions de leur contrat de mariage. S'il n'y a point de contrat, ils le seront conformément aux lois sous l'empire desquelles le mariage aura été célébré.* Les art. 37 et 38 du décret du 30 septembre de la même année, concernant l'organisation des provinces illyriennes, disent littéralement la même chose.

» Que pourrait-on maintenant objecter à la dame Sombret, toujours en supposant qu'il soit ici question d'immeubles véritablement normands? Que pourrait-on dire dans cette hypothèse, pour justifier l'arrêt qu'elle attaque?

» On peut lui dire, et on lui dit en effet: Les trois arrêts de la cour de cassation, du 27 août 1810, du 19 décembre suivant et du 30 avril 1811, ont été rendus dans des espèces où les femmes dont il s'agissait, avaient été mariées sous la coutume de Normandie; et ce n'est pas sous cette coutume que vous avez été mariée. Il est vrai que votre contrat de mariage a été passé en Normandie; il est vrai que c'est en Normandie que votre mariage a été célébré; mais ce n'est, ni avec un Normand, ni dans l'intention de vous établir en Normandie, que vous avez contracté votre mariage. Vous avez épousé un habitant d'Abbeville; et c'est à Abbeville, c'est sous la coutume de Ponthieu, que vous avez fixé, avec lui, votre demeure. C'est donc par la coutume de Ponthieu, que vos droits matrimoniaux ont été réglés. Vous ne pouvez donc pas ici invoquer les dispositions de la coutume de Normandie.

» Ce raisonnement serait bon, s'il était

ici question des droits matrimoniaux personnels.

» Sans doute, à l'égard de ces droits, la dame Sombret ne peut invoquer que les dispositions de la coutume de Ponthieu; et voilà pourquoi nous avons établi, en commençant, que la dame Sombret a été, par la force de la coutume de Ponthieu, en communauté de biens meubles et de conquêts avec son mari, quoique la coutume de Normandie en disposât autrement.

» Mais il ne s'agit pas ici de droits personnels : il s'agit de droits dont la réalité est incontestable; il s'agit d'un statut qui a été invariablement jugé réel, et par les arrêts du parlement de Rouen et par les arrêts du parlement de Paris, et dont vous avez vous-mêmes proclamé la réalité par un arrêt du 27 août 1810, au rapport de M. Léger de Verdigny, et sur nos conclusions. Si notre question s'était présentée avant le Code civil, le parlement de Rouen et le parlement de Paris auraient également donné gain de cause à la dame Sombret; ils auraient également jugé que la dame Sombret pouvait, quoique domiciliée dans la coutume de Ponthieu, réclamer, pour les biens normands qu'elle aurait aliénés ou hypothéqués pendant son mariage, la disposition de l'art. 542 de la coutume de Normandie. Ils auraient également jugé que l'art. 542 de la coutume de Normandie avait, quoique formant un statut réel, ou plutôt précisément parcequ'il formait un statut réel, investi la dame Sombret du droit de rétracter les aliénations qu'elle ferait, pendant le mariage, de ses propres normands; et ils l'auraient jugé par le même principe qui les eût déterminés, si le cas s'était offert, à décider, soit que la dame Sombret avait, sur les biens que son époux eût possédés en Normandie, les droits de douaire qui étaient attribués à la veuve par l'art. 367 de la coutume de Normandie même, soit que le sieur Sombret avait, sur les biens normands de sa femme, le droit de viduité qui était attribué au mari par l'art. 382 de la même coutume (1).

» Et pourquoi ne jugerait-on plus de même aujourd'hui? Très-certainement, si aujourd'hui une femme mariée, avant le Code civil, sous la coutume de Ponthieu, venait à perdre son mari, laissant des biens dans la ci-devant Normandie, elle jouirait, sur ces biens, du droit de douaire fixé par l'art. 361 du statut normand. Très-certainement si aujourd'hui un homme marié, avant le Code civil, sous la coutume de Ponthieu, venait à perdre sa femme laissant des biens dans la ci-devant Normandie, il jouirait, sur ces biens, du droit de viduité fixé par l'art. 382.

» Et d'où cela viendrait-il? De ce que, dans le mariage, les droits des futurs époux sont réglés par les statuts réels, ni plus ni moins que par les statuts personnels; de ce que, dans ce contrat important, les statuts réels stipulent, tout aussi bien que les statuts personnels, pour les futurs époux; de ce que les dispositions des statuts réels sont aussi bien que les dispositions des statuts personnels, sous-entendues dans ce contrat.

» Or, il en est du statut de l'aliénabilité des propres de la femme, comme du statut du douaire, comme du statut du droit de viduité : si ceux-ci sont purement réels, le premier l'est également. Il doit donc, comme le devraient ceux-ci, être sous-entendu dans le contrat de mariage de la dame Sombret. Il doit même l'être *à fortiori;* car, en Normandie, les futurs époux pouvaient, par des conventions expresses, déroger au droit de douaire et de viduité. Mais il ne leur était pas permis de déroger aux art. 539, 540, 541 et 542 de la coutume de Normandie; ces articles leur imposaient un joug auquel ils ne pouvaient se soustraire par aucune convention. Ainsi non-seulement ces articles ont assuré à la dame Sombret, au moment de son mariage, le droit de revenir contre les aliénations qu'elle pourrait faire de ses propres normands, mais la dame Sombret n'aurait pas pu renoncer à ce droit : fondé sur une loi prohibitive, il était, par cela seul, à l'abri de toutes les atteintes qu'on eût tenté de lui porter par des stipulations contraires.

» Inutile de dire que la réalité du statut de l'aliénabilité ou de l'inaliénabilité des propres de la femme mariée, n'était prononcée par aucune loi; que la jurisprudence seule l'avait établie; et que, dès-lors, la cour d'appel de Rouen aurait pu, sans exposer son arrêt à la cassation, juger que ce statut était personnel, et que, par suite, la dame Sombret avait été capable d'aliéner ses immeubles normands, par cela seul qu'elle avait été mariée dans une coutume où les propres des femmes étaient aliénables.

» Oui, sans doute, la cour d'appel de Rouen aurait pu le juger; mais elle ne l'a point fait; et pouvons-nous, pour soustraire son arrêt à la cassation, y sous-entendre un motif qu'elle n'y a point placé, un motif qu'elle n'aurait pu y placer que par un mépris formel de la jurisprudence la plus constante, la plus conforme aux vrais principes? Déjà

(1) *V.* l'article *Viduité (droit de)*, §. 2, no. 5.

messieurs, dans une espèce où se présentait le cas inverse de celui qui nous occupe en ce moment, vous avez décidé que non.

» En 1789, mariage entre Henri Lejeune et Marie-Anne Molle, tous deux domiciliés en Normandie. Le 29 frimaire an 13, la dame Lejeune se rend caution de son mari envers le sieur Levacher, et affecte à son cautionnement une ferme située dans la ci-devant coutume de Dreux. Quelque temps après, elle demande la nullité de l'acte par lequel elle a hypothéqué cet immeuble; et la cour d'appel de Rouen le déclare nul, non sous le prétexte que la dame Lejeune ayant été mariée en Normandie, ses immeubles même situés hors de la Normandie, devaient suivre la loi de son domicile, non sous le prétexte que le statut de l'inaliénabilité des biens des femmes mariées était personnel, mais sous le prétexte que la dame Lejeune ayant été mariée sous le régime dotal normand, tous ses biens, en quelque lieu qu'ils fussent situés, étaient devenus dotaux de plein droit; qu'à la vérité, ceux qui étaient situés sous la coutume de Dreux, avaient été aliénables avant le Code civil; mais que l'art. 1554 du Code civil les avait rendus inaliénables. Le sieur Levacher s'est pourvu en cassation; et quoique l'arrêt eût pu être maintenu, s'il eût été motivé sur la prétendue personnalité du statut de l'aliénabilité des biens des femmes, vous n'y avez pas suppléé ce motif; vous avez au contraire reconnu, en termes exprès, que le statut dont il s'agit, était précisément réel; vous avez en conséquence jugé l'arrêt tel qu'il était, et vous l'avez *cassé*, comme donnant à l'art. 1554 du Code civil un effet rétroactif (1).

» Répétons-le donc avec une pleine confiance : s'il était ici question d'immeubles normands, rien ne pourrait soustraire à la cassation l'arrêt que vous dénonce la dame Sombret.

» Mais il est temps d'arriver à la véritable espèce de la cause. Les immeubles dont la dame Sombret accuse cet arrêt d'avoir illégalement proclamé l'aliénabilité, ne lui étaient échus que postérieurement à la promulgation du Code civil, et par conséquent à l'abolition de la coutume de Normandie. Dès-lors, à quel titre ces immeubles auraient-ils été inaliénables de la part de la dame Sombret?

» Ces immeubles sont sans doute des biens normands, en ce sens qu'ils sont situés dans la partie de la France que la coutume de Normandie régissait avant le Code civil.

» Mais ils ne sont pas et ils n'ont jamais été, par rapport à la dame Sombret, soumis à la coutume de Normandie. On ne peut donc pas, on n'a donc jamais pu, par rapport à la dame Sombret, les considérer comme de vrais biens normands. On ne peut donc pas dire que la coutume de Normandie les ait jamais frappés d'inaliénabilité dans les mains de la dame Sombret.

» Que la dame Sombret ne puisse pas aujourd'hui aliéner les immeubles qui lui sont échus sous l'empire de la coutume de Normandie, que l'inaliénabilité de ces immeubles survive dans les mains de la dame Sombret, à l'abrogation de cette coutume, on le conçoit facilement. Une fois la qualité d'inaliénable imprimée à ces immeubles par la coutume de Normandie, comme condition du mariage de la dame Sombert, ils ont dû la conserver, même après que la coutume de Normandie a eu fait place au Code civil; car le Code civil n'a point d'effet rétroactif, il n'en a point surtout en ce qui concerne les droits dérivant des mariages contractés avant sa promulgation.

» Mais que des immeubles sur lesquels la coutume de Normandie n'a jamais eu d'autorité en ce qui concerne la dame Sombret, soient inaliénables précisément parceque la dame Sombert a été mariée pendant que la coutume de Normandie était en vigueur, c'est ce que nous ne saurions concevoir.

» La coutume de Normandie a sans doute garanti à la dame Sombert, au moment de son mariage, l'inaliénabilité des biens qui lui échoiraient sous son empire; mais elle ne lui a garanti que cela : elle ne lui a pas garanti l'inaliénabilité des biens qui lui échoiraient sous la coutume de Ponthieu, sous la coutume de Paris, sous toute autre loi étrangère; elle ne lui a donc pas non plus garanti l'inaliénabilité des biens qui lui échoiraient sous une loi qui viendrait un jour l'abroger elle-même, et l'expulser en quelque sorte, de son propre territoire.

» Et non-seulement elle n'a pas voulu la lui garantir, mais elle n'aurait pas pu le vouloir sans incohérence.

» Pourquoi la coutume de Normandie déclarait-elle inaliénables les biens des femmes mariées?

» Parceque, ne donnant presque rien aux filles, les excluant de presque toutes les successions au profit des mâles, elle voulait empêcher qu'en se mariant, les filles ne cou-

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Velléien*, §. 3.

russent le risque de perdre le peu qu'elle leur déférait; parceque plus elle était avare envers les filles lorsqu'il s'agissait de les enrichir, plus elle était vigilante, soigneuse, économe, lorsqu'il s'agissait de conserver leur faible patrimoine; en un mot, parceque l'inaliénabilité du faible patrimoine qu'elle accordait aux femmes mariées, était le remède, le correctif, la consolation de la pénible médiocrité à laquelle sa politique les condamnait.

» Mais aujourd'hui, les filles de la ci-devant Normandie sont, quant aux moyens d'acquérir, assimilées en tout point aux mâles : elles succèdent comme eux et avec eux. Le motif qui avait déterminé la coutume à frapper leurs biens d'inaliénabilité pendant leur mariage, ne subsiste donc plus. L'inaliénabilité de leurs biens n'a donc plus de cause; elle ne peut donc plus subsister. La coutume de Normandie se serait donc contredite elle-même, si, sous le prétexte que des femmes avaient été mariées sous son empire, elle eût voulu leur assurer, pendant toute la durée de leurs mariages, l'inaliénabilité des biens qu'elles acquerraient en vertu d'une législation nouvelle et toute différente.

» Il est vrai que l'assimilation des filles aux mâles, quant aux droits de succéder, remonte au-delà du Code civil; il est vrai qu'elle a été établie pour les fiefs, par la loi du 15-28 mars 1790, et pour les autres biens, par celle du 8-13 avril 1791; il est vrai que, dans l'intervalle de la publication de ces deux lois à la publication du Code civil, les biens des femmes mariées ont continué d'être inaliénables dans la ci-devant Normandie.

» Mais pourquoi étaient-ils encore inaliénables dans cet intervalle? Parceque la coutume de la ci-devant Normandie existait encore; parceque le législateur n'avait pas encore fait cesser la discordance qu'il y avait, dans cette coutume, entre le statut de l'inaliénabilité des biens des femmes, et le motif qui l'avait dicté.

» Mais aujourd'hui, la coutume de Normandie n'existe plus. Les biens qui échoient aux femmes mariées sous la coutume de Normandie, ne peuvent donc plus être atteints par les dispositions de cette coutume; et ils le peuvent d'autant moins, qu'à l'abrogation expresse du statut de leur inaliénabilité, vient encore se joindre la cessation du motif de l'inaliénabilité elle-même.

» Dans ces circonstances, et attendu que l'arrêt attaqué n'offre d'autre défaut que d'être en partie mal motivé; que, s'il ne peut pas être justifié par la considération que la dame Sombret avait été mariée sous le régime de la communauté, du moins c'est avec raison qu'il a déclaré les dispositions de la ci-devant coutume de Normandie inapplicables à des biens que ces dispositions n'avaient jamais régis; nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête en cassation, et de condamner la demanderesse à l'amende ».

Par arrêt du 19 août 1812, au rapport de M. Gandon,

« Considérant que le Code civil était publié long-temps avant l'ouverture de la succession collatérale dans laquelle la femme Sombret a recueilli les biens dont il s'agit; que ces biens étaient étrangers aux stipulations faites par la femme Sombret respectivement à sa dot; que le frère de la dame Sombret ne possédait plus ces biens sous l'empire de la coutume de Normandie, qui était abrogée, mais bien sous l'empire du Code civil; que c'est en vertu des règles de succéder établies par ce Code, que la femme Sombret a recueilli les mêmes biens;

» D'où il résulte que la cour de Rouen n'a pu contrevenir à la coutume de Normandie qui avait cessé de régir ces biens avant qu'ils appartinssent à la femme Sombret, en jugeant que lesdits biens étaient obligés à l'exécution d'obligations valablement consenties, et de condamnations contre lesquelles on n'avait eu aucune réclamation à élever;

» Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi.... ».

La question s'est représentée peu de temps après devant la section des requêtes, mais dans une espèce toute différente, dans une espèce où il s'agissait de biens qui étaient échus en Normandie, avant la publication du Code civil, à une femme mariée et domiciliée à Paris antérieurement à la même époque. Voici les faits.

En 1796 (an 5), Louise Paris, épouse de Jean-Gabriel Sayde-Bellecote, mariée à Paris depuis quelque temps, et toujours domiciliée dans la même ville, devient, comme héritière légitime de Jacques-Guilbert de la Rivière, son parent, propriétaire de divers immeubles situés dans l'arrondissement de Bayeux.

Le 12 juillet 1809, elle souscrit, devant notaire, avec l'autorisation de son mari, une obligation notariée de 15,000 francs au profit du sieur Leboucher, et elle affecte spécialement à sa dette les immeubles que lui avait transmis le sieur Guilbert de la Rivière.

Le sieur Leboucher fait inscrire cette obligation au bureau des hypothèques de Bayeux.

Quelque temps après, meurt le sieur Sayde-Bellecote, laissant une succession obérée.

Le 22 juillet 1809, le sieur Solem et son épouse, cessionnaires de la créance du sieur Leboucher, font saisir les immeubles affectés par la veuve Sayde-Bellecote au paiement de l'obligation de 15,000 francs.

La veuve Sayde-Bellecote forme opposition à la saisie immobilière, et demande la nullité des inscriptions prises sur ses biens.

Le 6 avril 1811, jugement du tribunal civil de Bayeux, qui,

« Attendu que, sous l'empire de la coutume, il était tenu pour maxime certaine que la femme ne pouvait aliéner ni hypothéquer ses biens dotaux situés en Normandie, encore bien qu'elle fût domiciliée hors de cette province et dans des lieux régis par des lois contraires; que, conformément à ce principe, il fut jugé, au ci-devant parlement de Rouen, par arrêt du 20 décembre 1607, rapporté par Bérault, que les créanciers d'une femme domiciliée à Paris, ne pouvaient, en vertu de l'obligation qu'elle avait contractée et de l'arrêt qui l'avait jugée valable, faire décréter ses biens situés en Normandie;

» Que la contestation actuelle offre des circonstances parfaitement semblables; que, dès-lors, il s'agit de savoir si les mêmes principes doivent être appliqués pour sa décision; qu'il est constant que les biens hypothéqués par la dame veuve Sayde au remboursement de la somme de 15,000 francs, mentionnés dans son obligation notariée du 12 juillet 1806, lui étaient échus, en l'an 5, de la succession du feu sieur Guilbert de la Rivière, et sont situés dans cet arrondissement; *qu'il est encore constant qu'à ladite époque de* l'an 5, aucune loi nouvelle n'avait changé la législation normande relative à l'interdiction dans laquelle étaient constituées les femmes mariées, d'aliéner ou hypothéquer leurs biens dotaux; qu'il s'ensuit qu'au moment de l'ouverture de la succession dudit Guilbert de la Rivière, la portion immobilière qui échut à la dame veuve Sayde, devenue, à l'instant même, par la force du statut, bien dotal, se trouva frappée de cette même interdiction;

» Qu'il ne peut être révoqué en doute que ladite interdiction n'a pas dû cesser d'exister, tant qu'a duré le mariage de ladite dame veuve Sayde, s'il ne s'est pas rencontré quelque disposition de loi nouvelle qui, en abrogeant l'ancien statut normand, ait délié les femmes mariées de cette interdiction;

» Qu'il est vrai que l'obligation contractée par la veuve Sayde, est postérieure à la publication du titre du Code civil qui a réglé les droits et la capacité des femmes, et la condition de leurs biens; qu'elle est encore postérieure à la loi du 30 ventôse an 12, dont le dernier article porte qu'*à compter du jour où les lois qui composent le Code, sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les réglemens, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois;* qu'il est encore vrai que l'art. 217 dudit Code dispose que la femme ne peut aliéner ni hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit; d'où s'induit implicitement la conséquence qu'elle peut aliéner et hypothéquer avec le concours ou le consentement de son mari;

» Mais que, d'abord, l'art. 223 de la coutume de Paris portait une disposition semblable; que néanmoins elle ne pouvait être appliquée aux biens des femmes situés en Normandie, toujours biens dotaux, quelque fût leur origine, et inaliénables par le statut local et par la jurisprudence, ainsi que le prouve l'arrêt ci-dessus cité;

» Qu'il s'ensuit seulement que, sous l'empire du Code civil, comme sous le régime de la coutume de Paris, l'obligation de la femme autorisée de son mari, est valable, quant à l'hypothèque sur ses biens régis par ladite coutume, mais non sur ceux situés en Normandie, constitués en dot antérieurement à la publication dudit Code, à moins de donner au Code un effet rétroactif; ce qui ne peut être admis, puisqu'il a une disposition contraire;

» Qu'une fois constant que les biens échus à la dame veuve Sayde, en l'an 5, sont biens dotaux, non, à la vérité, par la convention des époux, mais par l'autorité de la loi alors régnante qui stipulait pour eux, une fois constant que le Code n'a point d'effet rétroactif, il s'ensuit nécessairement que la dame Sayde n'a pu hypothéquer ces mêmes biens, et qu'ils ont toujours été libres, comme ils le sont encore, de toutes obligations qu'elle a pu contracter pendant son mariage;

» Que même le Code civil, loin d'avoir apporté aucun changement à ce statut normand, relatif à l'inaliénabilité des biens dotaux, l'a au contraire confirmé, puisqu'il dispose, art. 1554, que ces biens ne peuvent être aliénés, soit par le mari, soit par la femme, soit par tous les deux conjointement;

» Que, du moment qu'il est démontré que la succession immobilière, échue à la dame Sayde, en l'an 5, fut constituée bien dotal et

inaliénable par l'art. 542 de la coutume, il s'ensuit qu'elle s'est trouvée comprise dans l'interdiction prononcée par ledit art. 1554;

» Déclare nulles les poursuites en expropriation forcée requises par le sieur Solem et son épouse sur les biens appartenant à la dame Sayde, situés commune de Geffosse, en vertu des titres des 12 juillet 1806 et 8 janvier 1808, lesquels sont déclarés non exécutoires sur lesdits biens; donne pleine et entière main-levée à ladite dame Sayde de toutes inscriptions d'hypothèques prises par lesdits Solem, mariés, sur ces mêmes biens...».

Les sieur et dame Solem appellent de ce jugement à la cour de Caen.

Par arrêt du 6 avril 1812,

« Attendu que le contrat de mariage et ses effets doivent être régis par les lois existantes, à l'époque où le mariage a été fait; qu'il était de jurisprudence que les biens des femmes étaient régis par le statut du lieu où ils étaient situés; qu'il est constant que les biens, dont Solem poursuit l'expropriation, sont échus par succession à Louise Paris, et sont situés dans le ressort et l'enclave de la ci-devant Normandie;

» Vu les art. 539, 540 et 542 de la coutume; vu les art. 125, 127 et 128 du réglement de 1666;

» Attendu qu'il résulte des dispositions de ces lois, que le mari ni la femme mariée ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles appartenant à la femme, que dans les cas et suivant les formes prescrites; que l'obligation contractée par la veuve Sayde-Bellecote, pendant son mariage, ne se trouve, ni *dans* l'espèce, ni dans la forme prévue par la coutume;

» Par ces motifs et ceux employés au jugement dont est appel, la cour confirme ledit jugement.... ».

Recours en cassation contre cet arrêt, de la part des sieur et dame Solem.

« L'inaliénabilité dont la coutume de Normandie frappait les immeubles de la femme mariée (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 21 avril 1813), subsiste-t-elle encore à l'égard des biens dont une femme mariée avant la publication du Code civil, était devenue propriétaire par succession *ab intestat* avant la même époque? C'est la question que vous avez à examiner dans cette affaire.

» En la décidant au profit de la veuve Sayde, les premiers juges, et, après eux, la cour d'appel de Caen, n'ont pas douté que la disposition de la coutume de Normandie, qui établissait cette inaliénabilité, ne formât un statut réel, et ne pût par conséquent être invoquée par la femme mariée à Paris, comme par la femme mariée à Rouen; et en effet, la jurisprudence est fixée là-dessus depuis très-long-temps.... (1).

» Du reste, il importe peu, dans notre espèce, que les premiers juges et la cour de Caen aient qualifié de *biens dotaux* les immeubles que la veuve Sayde avait recueillis, en l'an 5, dans la succession du sieur Guilbert de la Rivière, son parent collatéral. C'est une erreur sans doute, mais elle est ici sans conséquence.

» La coutume de Normandie ne réputait dotaux que deux sortes de biens : ceux que la femme apportait par son contrat de mariage, et ceux qui lui advenaient par succession directe.

» Mais elle n'en déclarait pas moins inaliénables tous les autres biens de la femme. Seulement elle n'accordait hypothèque à la femme, pour le remploi de ceux-ci, que du jour de l'aliénation; tandis que, pour le remploi de ses biens dotaux, elle lui accordait hypothèque du jour du mariage. C'est ce qui résulte des art. 539, 540 et 542 de cette coutume.

» Il importe encore très-peu que l'inaliénabilité des biens da la femme ne fût pas absolue, et que les acquéreurs de ces biens ne pussent être recherchés par la femme, que subsidiairement et à défaut de remploi de la part du mari.

» De ce que la femme ne pouvait aliéner ses immeubles que sous la charge d'un remploi que les acquéreurs étaient subsidiairement tenus de lui fournir, il résulte bien clairement qu'elle était absolument incapable de les hypothéquer.... (2).

» Mais de tout cela s'ensuit-il que la dame Sayde n'a pas pu, en 1806, c'est-à-dire, après la publication du Code civil, hypothéquer les immeubles qui lui étaient échus par la mort du sieur Guilbert de la Rivière?

» La négative serait incontestable, si la succession du sieur Guilbert de la Rivière s'était ouverte après la publication du Code civil; et pourquoi? Parceque, dans cette hypothèse, les immeubles dont il s'agit, n'auraient jamais été, par rapport à la dame Sayde, des immeubles normands; parceque jamais ils n'auraient été, par rapport à la dame Sayde, frappés d'inaliénabilité par une coutume qui n'existait plus au moment où

(1) *V.* le plaidoyer du 19 août 1812, rapporté ci-dessus.

(2) *V.* le même plaidoyer.

la dame Sayde en serait devenue propriétaire.

» La cour de Rouen l'avait ainsi jugé contre la dame Sombret; et son arrêt a été maintenu, le 19 août 1812, au rapport de M. Gandon et sur nos conclusions....

» Mais l'hypothèse que nous venons de faire, n'est pas celle de la cause actuelle. Ce n'est pas *depuis*, c'est *avant* la publication du Code civil, c'est en 1796, c'est à une époque où la coutume de Normandie faisait encore loi, que sont advenus à la dame Sayde les immeubles dont il est ici question.

» Ces immeubles ont donc été frappés d'inaliénabilité entre les mains de la dame Sayde, au moment même où ils y sont tombés.

» Et où est la loi qui depuis les a rendus, pour la dame Sayde, susceptibles d'aliénation moyennant le concours de son mari?

» Elle est, disent les sieur et dame Solem, dans l'art. 217 du Code civil, qui, en défendant à la femme d'aliéner ou d'hypothéquer sans le consentement de son mari, la déclare nécessairement habile à faire tous les actes d'aliénation et d'hypothèque auxquels son mari donne son consentement.

» Mais prenons-y garde. L'art. 217 ne dispose que pour le cas où la femme est, par elle-même, capable d'aliéner ou d'hypothéquer; il se borne à la prémunir contre l'abus qu'elle pourrait faire de cette capacité; il se borne à dire que sa capacité d'aliéner et d'hypothéquer ne pourra être mise en activité que par le consentement de son mari. En un mot, il suppose la capacité de la femme, mais il ne l'établit pas.

» *Si donc la femme est, par elle-même*, incapable d'aliéner ou d'hypothéquer, le consentement de son mari ne la rendra point capable. Telle est, même d'après les dispositions expresses du Code civil, la femme mineure, pour ses immeubles quelconques; telle est, suivant les dispositions du même Code, la femme mariée sous le régime dotal, pour ses biens dotaux; et telle est nécessairement aussi la dame Sayde pour les biens dont il s'agit dans notre espèce, puisqu'ils ont été frappés par la coutume de Normandie, avant son abrogation, d'une inaliénabilité que n'a levée aucune loi postérieure.

» Inutile de le dire, avec les sieur et dame Solem, que la dame Sayde n'a souscrit l'obligation, en vertu de laquelle ont été prises les inscriptions hypothécaires annulées par la cour de Caen, que postérieurement à la mise en activité du Code civil, et par conséquent à une époque où la coutume de Normandie n'existait plus.

» Raisonner ainsi, c'est donner au Code civil un effet rétroactif, c'est oublier l'art. 2 de ce Code.

» La dame Sayde s'est mariée avant le Code civil.... (1).

» Mais, disent les sieur et dame Solem, la femme mariée sous la coutume de Normandie, quoique liée, dès le principe, par le sénatus-consulte Velléien, n'en est pas moins devenue, par le Code civil, habile à cautionner son mari. La femme mariée sous la coutume de Normandie, quoique rendue incapable par son mariage de rien donner à son mari, n'en est pas moins devenue, par le Code civil, habile à lui faire des avantages plus ou moins considérables; et si le Code civil a fait cesser l'incapacité de la femme de cautionner et d'avantager son mari, même en biens qui lui étaient échus sous la coutume de Normandie, pourquoi n'aurait-il pas également fait cesser l'incapacité de la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles normands?

» D'abord, ce n'est pas le Code civil qui a fait cesser l'incapacité de la femme normande d'avantager son mari : c'est la loi du 17 nivôse an 2; et comment l'a-t-elle fait cesser à l'égard des femmes mariées avant sa publication? Par une disposition expresse : en déclarant, de la manière la plus positive, par ses art. 13 et 14, que les *époux encore existans* pourraient se faire telles libéralités qu'ils jugeraient à propos, sauf la réduction éventuelle au profit de leurs enfans. Que l'on nous montre une disposition semblable sur l'incapacité de la femme d'aliéner ou d'hypothéquer ses immeubles normands, et nous nous empresserons de conclure à la cassation de l'arrêt attaqué par les sieur et dame Solem. Mais si cette disposition n'existe nulle part, l'arrêt attaqué par les sieur et dame Solem demeure inexpugnable.

» Ensuite, que peut-on inférer ici de ce que le Code civil a fait cesser, même relativement aux femmes mariées sous la coutume de Normandie, l'incapacité dans laquelle les plaçait le sénatus-consulte Velléien de cautionner leurs maris?

» Ce n'était pas seulement en faveur de leurs maris, que le sénatus-consulte Velléien défendait aux femmes de se porter cautions : il leur défendait de se porter cautions en faveur de qui que ce fût. Ce n'était donc pas par son mariage, qu'une femme normande

(1) *V.* le plaidoyer cité.

devenait incapable de cautionner : elle en était incapable, dès sa naissance; elle en était incapable non comme femme mariée, mais comme personne du sexe. Son mariage n'avait donc produit, en elle, aucun changement par rapport à la capacité de cautionner. Son incapacité de cautionner n'avait donc pas été l'effet de son mariage. *Le sénatus-consulte Velléien était* donc, comme l'a dit la cour, dans son arrêt déjà cité, du 27 août 1810, au rapport de M. Riger de Verdigny, *un statut indépendant des conventions matrimoniales :* il n'est donc pas étonnant, comme nous le lisons encore dans le même arrêt, *que l'incapacité dont il frappait indistinctement les filles, femmes mariées ou veuves, ait été levée par le Code civil.*

» En est-il de même de l'incapacité dans laquelle la coutume de Normandie plaçait la femme d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles normands? Non, évidemment non. Cette incapacité, la coutume de Normandie ne la prononçait que contre la femme mariée; elle ne la prononçait contre la femme que par suite de son mariage. Cette incapacité faisait partie de l'état matrimonial de la femme mariée; elle formait l'un de ses droits nuptiaux; et il est clair que les droits nuptiaux de la femme ne dépendent que de la loi sous l'empire de laquelle la femme s'est engagée dans les liens de l'union conjugale.

» Mais au moins, disent encore les sieur et dame Solem, on ne fait aucune difficulté d'appliquer à la femme mariée, en pays de droit écrit, avant le Code civil, l'incapacité dans laquelle l'art. 1576 de ce Code place la femme mariée sous le régime dotal, d'aliéner ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari. Il n'importe qu'avant le Code civil, elle pût, sans le concours de son mari, aliéner tout immeuble qui lui tenait nature de paraphernal. Il est certain que le Code civil lui a ôté, à cet égard, le pouvoir qu'elle tenait de son mariage même, et qui formait un de ses droits matrimoniaux. Pourquoi donc en serait-il autrement de l'incapacité dans laquelle, avant le Code civil, était la femme mariée d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles normands? Pourquoi le Code civil n'aurait-il pas fait cesser cette incapacité, comme il a fait cesser la capacité de la femme mariée sous le régime dotal, d'aliéner sans autorisation ses biens paraphernaux?

» Deux réponses.

» 1° Ce que les sieur et dame Solem vous disent de la prétendue incapacité actuelle de la femme mariée sous le régime dotal avant le Code civil, d'aliéner sans autorisation ses biens paraphernaux, n'est pas, à beaucoup près, aussi certain qu'ils paraissent le croire.

» Il a toujours été reconnu comme principe incontestable, que l'état matrimonial et les droits nuptiaux de la femme sont fixés, au moment même de son mariage, par la loi sous l'empire de laquelle il se contracte; et cet état, ces droits une fois fixés, comment une loi postérieure pourrait-elle les changer, nous ne dirons pas en faveur de la femme, mais à son préjudice? Qu'elle puisse les changer en sa faveur, rien de plus simple : elle le peut, et cependant elle n'est censée le faire que lorsqu'elle le dit expressément. Mais les changer à son préjudice, elle ne le peut pas, elle ne le peut jamais.

» Ce que le Code civil a fait en prenant la place des lois et des coutumes dont il a prononcé l'abrogation, les époux le faisaient souvent sous l'ancienne jurisprudence en changeant de domicile. Souvent des époux qui s'étaient mariés dans un pays où la femme pouvait contracter ou disposer sans l'autorisation de son mari, transportaient leur domicile dans un pays où l'autorisation du mari était nécessaire à la femme pour disposer ou contracter; et réciproquement.

» Mais en changeant ainsi de domicile, en se plaçant ainsi sous une loi nouvelle, la femme perdait-elle le droit qu'elle avait acquis en se mariant, de disposer ou de contracter sans l'autorisation de son mari? Recouvrait-elle le droit qu'elle avait perdu en se mariant, de disposer ou de contracter sans cette autorisation?

» La question s'est présentée à votre audience du 19 janvier 1807, sur le recours en cassation du sieur Brossard, contre un arrêt de la cour d'appel de Dijon, qui l'avait jugée pour la négative, et qu'avez-vous décidé? *Attendu* (avez-vous dit, au rapport de M. Oudot) *qu'Elisabeth Belot avait été mariée sous l'empire de la coutume de Bourgogne, qui interdisait aux femmes de disposer, soit entre-vifs, soit à cause de mort, sans l'autorisation de leurs maris; que la séparation de cette femme d'avec son mari, et la fixation qu'elle avait faite à Lyon de son domicile, n'avaient pu la soustraire à l'empire du statut personnel qui avait fixé irrévocablement pendant la durée du mariage, son incapacité de disposer sans autorisation; que la cour d'appel de Dijon, loin d'avoir contrevenu à aucune loi, en annulant le testament d'Elisabeth Belot, s'est conformée au texte et à l'esprit de l'art. 1er du tit. 4 de la coutume de Bourgogne; la cour rejette le pourvoi...*

» Ce que vous avez jugé, dans cette espèce,

n'avoir pas pu s'opérer par le changement qui était survenu dans la loi domiciliaire d'Elisabeth Belot, comment le Code civil aurait-il pu l'opérer par les changemens qu'il a faits aux lois sous lesquelles une infinité de femmes s'étaient mariées avant sa promulgation? *Ubi eadem ratio, ibi idem jus* (1).

» 2° Quand nous supposerions, avec les sieurs et dame Solem, que le Code civil a rendu l'autorisation du mari nécessaire à la femme mariée précédemment sous le régime dotal, pour l'aliénation de ses biens paraphernaux, quelle conséquence pourrait-on tirer de là contre l'arrêt qui vous est dénoncé?

» En ajoutant ainsi à la capacité que la femme mariée précédemment sous le régime dotal, avait conservée, par son mariage, d'aliéner ses biens paraphernaux, la condition de ne pouvoir en user sans le secours de l'autorisation maritale, le Code civil n'aurait point nui à cette femme : il aurait au contraire pourvu à ses intérêts; il n'aurait fait que créer pour elle une précaution contre les surprises qu'on eût pu faire à son inexpérience; et la femme ne pourrait jamais être lésée par un refus injuste que ferait son mari de l'autoriser : car la justice serait toujours là pour suppléer, par son autorisation, à celle qui serait injustement refusée par le mari. Le Code civil aurait donc, à cet égard, amélioré la condition de la femme; et l'on sent que la loi qui améliore la condition des personnes, est toujours susceptible de l'interprétation qui lui donne les effets les plus étendus (2).

» Mais que résulterait-il de l'abolition qu'eût prononcée le Code civil de l'incapacité dans laquelle était la femme mariée avant sa promulgation, d'aliéner et d'hypothéquer ses immeubles normands, même avec l'autorisation de son mari? Il en résulterait pour la femme, la perte du droit que la coutume de Normandie lui avait irrévocablement assuré en se mariant, de faire annuler les aliénations auxquelles une tendresse aveugle ou une crainte révérentielle l'auraient fait consentir pendant le mariage. Il en résulterait, pour la femme, la privation de la planche sur laquelle la coutume de Normandie lui avait promis qu'elle pourrait compter après le naufrage qui eût pu survenir dans la fortune de son époux. Il en résulterait par conséquent, pour la femme, une rétroactivité préjudiciable et ruineuse.

» Et c'est assez dire que l'on ne peut pas argumenter ici de la prétendue incapacité actuelle de la femme mariée sous le régime dotal avant le Code civil, d'aliéner ses biens paraphernaux sans l'autorisation de son mari; c'est assez dire que, même en admettant cette prétendue incapacité actuelle, nous devrions regarder comme régies actuellement par l'art. 542 de la coutume de Normandie, les aliénations faites, sous le Code civil, d'immeubles que cet article eût frappés d'aliénabilité dans le temps où il en avait encore le pouvoir; c'est assez dire que les arrêts de la cour qui l'ont ainsi jugé, et sur lesquels s'est modelée la jurisprudence constante des cours de Rouen et de Caen, forment, pour la cour elle-même, une règle d'autant plus invariable qu'elle est calquée sur les vrais principes; c'est assez dire, en un mot, que la requête des sieur et dame Solem doit être rejetée; et c'est à quoi nous concluons ».

Par arrêt du 21 avril 1813, au rapport de M. Brillat de Savarin,

« Attendu que Louise Paris, veuve Bellecote, est devenue propriétaire de l'immeuble par elle hypothéqué, pendant qu'elle était sous le pouvoir de la coutume de Normandie qui déclarait cet immeuble inaliénable entre ses mains;

» Que le statut normand étant un statut réel, a dû avoir son exécution même à l'égard de la veuve Bellecote mariée à Paris;

» D'où il suit qu'on ne peut lui appliquer les dispositions du Code civil sans le faire rétroagir et sans priver cette femme du bénéfice qui lui avait été assuré, d'être protégée contre les aliénations qu'elle pourrait faire de ses immeubles normands, soit par la suite d'une tendresse aveugle, soit par crainte révérentielle;

» Qu'ainsi l'arrêt attaqué a jugé conformément aux lois;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

Cet arrêt a été suivi d'un autre, du 22 juin 1815, qui a jugé le contraire. Mais la cour de cassation est revenue depuis au principe qu'elle avait adopté par le premier. *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Puissance maritale*.]]

ART. III. *Qualité des statuts qui règlent le pouvoir des maris, relativement à l'aliénation des biens de leurs femmes.*

Ce serait ici le lieu de discuter, avec toute la profondeur qu'elle mérite, la question de

(1) En raisonnant ainsi dans ces conclusions, je supposais que l'arrêt du 19 janvier 1807, avait bien jugé, mais j'ai reconnu depuis que j'étais dans l'erreur. *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, art. 5.

(2) *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, au commencement.

savoir par quelle loi ou coutume doit se régler le pouvoir du mari, quand il s'agit de l'aliénation des biens de sa femme. Mais, comme nous n'avons rien à ajouter aux auteurs qui ont épuisé cette matière, nous nous contenterons d'observer que l'opinion la plus commune et la plus exacte, est que l'on doit suivre, sur ce point, les dispositions de chacune des lois ou coutumes sous l'empire desquelles les biens sont situés, sans avoir égard au domicile des époux.

C'est ce que pensent, entre autres, Vandermeulen sur les coutumes de Vianen et d'Ameyden, rubr. 1, art. 7, §. 1; Voët, sur le Digeste, liv. 23, tit. 2, nº 60; et Boullenois, *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 1, page 213.

C'est aussi ce qu'ont jugé deux arrêts, l'un, du parlement de Grenoble, du 16 mars 1688; l'autre, du parlement de Paris, du 17 août 1761.

Par le premier, rapporté dans la *Jurisprudence de Guy-Pape* de Chorier, liv. 4, sect. 1, art. 3, il a été jugé qu'une femme domiciliée dans le Lyonnais, n'avait pas pu, nonobstant la déclaration de 1664, qui a force de loi dans ce pays, vendre, conjointement avec son mari, les fonds dotaux qu'elle possédait en Dauphiné.

Par le second, rendu dans le cas inverse et rapporté par Denisart, au mot *Dot*, §. 14 de la nouvelle édition, il a été décidé que les sieur et dame Pierreux, domiciliés en Auvergne, où la loi *Julia* est en pleine vigueur, avaient pu aliéner un fonds dotal situé en Forez, où cette loi est abrogée, comme dans le Lyonnais, par la déclaration de 1664.

[[*V.* d'ailleurs le plaidoyer du 19 août 1812, rapporté dans le §. précédent, nº 19; l'article *Sénatus-consulte Velléien*, §. 2, et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Puissance maritale*.]]

§. III. *Pouvoir du mari concernant les actions relatives aux biens de la femme.*

I. Il est partout d'une jurisprudence constante, que le mari a le plein et libre exercice des actions mobilières et possessoires qui regardent les biens dotaux ou propres de sa femme.

II. A l'égard des actions dans lesquelles la propriété de ces biens est compromise, les pays de droit écrit ont d'autres règles que les pays coutumiers.

Dans les pays de droit écrit, le mari a seul la poursuite des actions qui tendent à la revendication des biens dotaux de sa femme. Cela résulte de ce que, pendant le mariage, il est, comme on l'a vu au mot *Dot*, § 7, nº 2, réputé propriétaire de ces biens. Aussi la femme n'est-elle pas admise elle-même à l'exercice de ces actions. *Doce ancillam de quâ supplicas, dotalem fuisse, in notione præsidis : quo patefacto, dubium non erit vindicari ab uxore tuâ nequivisse* (Loi 9, C *de rei vindicatione*). *Rei dotalis nomine quæ periculo mulieris est, non mulier furti actionem habet, sed maritus.* (Loi 49, §. 1, D. *de furtis*).

Il paraît néanmoins qu'au parlement de Bordeaux, le mari ne peut pas défendre, sans le concours de sa femme, aux demandes ou poursuites des tiers qui tendent à le déposséder d'un bien dotal : « La femme (dit La » Peyrère, lettre F, nº 17) est restituée » contre les arrêts rendus sur la tête de son » mari, en qualité de mari, si elle n'a été » appelée dans l'instance, étant partie néces- » saire dans les causes qui tendent à l'aliéna- » tion de sa dot et de ses autres biens, dont » on poursuit le décret. Jugé par arrêt rendu » au rapport de M. Dumirat, en décembre » 1669 ».

[[C'est aussi ce qu'atteste un acte de notoriété de l'ordre des avocats de cette cour, de l'année 1673, rapporté par Salviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, page 196 : « Quoique le mari puisse (y est-il dit) inten- » ter les actions personnelles en qualité de » mari, pour les biens dotaux, il ne peut » néanmoins défendre aux actions réelles, » comme *desistat, décret*, et autres qui por- » tent aliénation du fonds; la femme doit » être, dans l'instance, procédant sous l'au- » torité du mari, ou, à son refus, sous celle » de la justice; et les procédures qui sont » faites, dans le cas susdit, avec le mari seul, » sans que la femme y soit appelée, sont » nulles et cassables ».]]

III. De toutes les coutumes qui interdisent au mari l'aliénation des propres de sa femme, sans son consentement, la plupart lui refusent également le droit d'intenter ou de soutenir les actions réelles qui la concernent, à moins qu'elle ne soit en cause avec lui. Telles sont Paris, art. 233; Sens, art. 276; Etampes, art. 97; Laon, art. 30; Reims, art. 14; Péronne, art. 124; Châlons, art. 23; Nivernais, chap. 23, art. 6; Artois, art. 88.

Cette disposition que l'on suit en France dans toutes les coutumes muettes, est fondée, suivant tous les auteurs qui en parlent, sur la loi 7, §. 2, D. *de jure deliberandi*, dans laquelle on remarque les termes suivans :

Absurdum est ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere.

IV. Il y a des coutumes qui, distinguant l'attaque de la défense, déclarent le mari capable de soutenir celle-ci, et demandent pour celle-là l'intervention de la femme. Telle est, entre autres, celle de la châtellenie de Lille, tit. 12, art. 14.

V. Quelques-unes attribuent indistinctement au mari le pouvoir d'intenter et de soutenir seul toutes les actions réelles qui intéressent sa femme. Ce sont celles d'Orléans, art. 195; de Poitou, art. 228; de Melun, art. 214; de la Marche, art. 27; de Cambresis, tit. 7, art. 5.

VI. Avant de décider si l'on peut ranger dans l'une de ces trois classes la disposition que les chartes générales du Hainaut, chap. 78, art. 42, renferment sur cette matière, il est nécessaire d'en bien peser les termes; voici comment elle est conçue : « Si l'homme » n'ayant enfant de sa femme, veut, à titre » d'elle, intenter quelque action réelle, il » devra être avoué d'icelle par acte passé par- » devant la *loi* de sa résidence, ou deux » hommes de fief; et quand telle poursuite se » fera contre eux, icelle se devra adresser » tant contre l'homme que contre sa femme, » puisqu'il n'a d'enfant d'elle, sans qu'il soit » besoin de s'adresser contre l'hoir apparent ».

Ce texte décide, comme on le voit, qu'un mari sans enfans ne peut soutenir aucune action réelle à titre de sa femme, à moins que celle-ci ne soit en cause avec lui. Mais peut-on conclure de là qu'il n'aurait pas besoin de son intervention, s'il avait des enfans d'elle?

Dumées (*Jurisprudence du Hainaut*, page 271) l'a pensé ainsi, et cette conséquence paraît assez naturelle au premier aspect : cependant, en l'examinant de plus près, on ne laisse pas d'y trouver bien des difficultés.

On a vu plus haut, §. 2, art. 2, que les chartes générales n'attribuent pas aux maris qui ont des enfans, plus de droits qu'à ceux qui n'en ont pas, sur la propriété des biens de leurs femmes. Il est vrai que les premiers peuvent aliéner ces biens quand leurs femmes y consentent, ce que les seconds ne peuvent faire en aucun cas; mais les uns et les autres sont par eux-mêmes dans une égale incapacité. D'après cela, si l'on peut regarder comme vrai le principe adopté par tous les auteurs français, que la faculté d'aliéner est la mesure de celle d'agir en justice, ne doit-on pas tenir pour constant en Hainaut, que le mari qui a des enfans, est aussi incapable que celui qui n'en a pas, d'agir seul pour la propriété des fonds dotaux de sa femme? Qu'on ne dise pas que l'art. 42 du chap. 78, par cela seul qu'il ne s'explique qu'à l'égard du mari sans enfans, sur la nécessité de l'intervention de la femme, en dispense tacitement celui qui réunit la qualité de père à celle d'époux : comme l'ont très-bien remarqué Fachinée, *controv.*, liv. 13, chap. 7, et Voët, sur le Digeste, liv. 1, tit. 3, n° 22, on ne peut pas argumenter *à contrario sensu*, d'un statut qui déroge au droit commun, parceque toute dérogation doit être renfermée dans ses termes précis et directs.

Il y a même, dans le texte des chartes générales, une raison particulière pour ne pas tirer une conséquence semblable du silence que garde le législateur sur le mari sans enfans. On connaît en Hainaut certaines espèces d'incapacités, qui s'étendent jusqu'à empêcher le propriétaire de plaider pour le fonds de ses biens, sans l'assistance de son héritier présomptif. De là vient, aux termes de l'article placé immédiatement après celui dont il est ici question qu'*en faisant une poursuite contre une personne veuve ayant enfans, ou mineur, icelle poursuite se devra adresser contre l'hoir apparent étant âgé.* En partant de ce principe, et en le combinant avec l'art. 3 du chap. 94, qui défend au mari l'aliénation des biens de la femme dont il n'a pas d'enfans, quoiqu'elle y consente, on devait naturellement regarder l'intervention de l'héritier présomptif d'une femme sans enfans, comme indispensable dans les actions réelles qui la concernent; mais l'art. 42 du chap. 78 en a décidé autrement, par la considération, sans doute, qu'une femme mariée n'a pas besoin d'un autre défenseur que son mari; et il a voulu que celui-ci pût agir avec la procuration de celle-là, quoiqu'il n'en eût pas d'enfans, *sans qu'il fût besoin de l'adresser* (l'action) *contre l'hoir apparent.* On voit par-là que l'objet direct et principal de cet article était d'excepter la femme mariée de la règle, qu'un incapable d'aliéner ne peut pas agir sans l'assistance de son héritier présomptif; aussi n'a-t-il parlé que du cas où le défaut d'enfans établit, à l'égard des fonds dotaux, une inaliénabilité que ni le consentement de la femme, ni l'autorisation du mari, ne peuvent lever. Il a gardé le silence sur le cas où l'existence d'un ou de plusieurs enfans procure au mari la faculté d'aliéner ces sortes de biens, moyennant le consentement de sa femme; mais ce silence ne peut raisonnablement faire présumer que l'intention du législateur ait été d'attribuer au mari qui a des enfans, le droit de plaider

seul sur la propriété des biens de sa femme. Il paraît au contraire, que déclarer l'intervention de la femme *suffisante* dans le cas où il n'y a pas d'enfans, nonobstant la règle qu'un incapable ne peut plaider qu'avec l'assistance de son héritier présomptif, c'est supposer bien évidemment que cette même intervention est *nécessaire* lorsqu'il y a des enfans.

On doit donc, sur cet objet, assimiler entièrement les chartes générales aux coutumes de Paris, de Nivernais, d'Artois, de Reims, en un mot à la jurisprudence qui forme le droit commun des pays coutumiers.

Je l'avouerai cependant, cette jurisprudence, quelque constante qu'elle soit, est fondée sur un mauvais principe; car c'est raisonner très-mal que de mesurer la faculté d'agir sur la faculté d'aliéner. Un tuteur n'a aucun pouvoir sur la propriété des biens de son pupille; néanmoins il peut intenter et soutenir toutes les actions qui le concernent; et les jugemens prononcés contre lui, sont exécutoires contre le pupille (1). Le droit romain défend à un mari d'aliéner des fonds dotaux de sa femme : néanmoins il lui permet d'agir en justice pour raison de ces biens. Aussi Voët, sur le Digeste, liv. 5, tit. 1, n° 14, soutient-il que la disposition de la coutume d'Utrecht qui défend aux maris sans enfans, d'aliéner les biens de leurs femmes malgré elles, ne doit pas les empêcher d'intenter et de soutenir, au nom de leurs femmes toutes les actions réelles qui peuvent intéresser celles-ci.

En vain oppose-t-on à cette doctrine, le passage déjà cité de la loi 7, §. 2, *de jure deliberandi*, au Digeste : *absurdum est enim ei cui alienatio interdicitur, permitti exercere.* C'est bien le cas de dire ici, avec le jurisconsulte Celsus, dans la loi 24, *de legibus*, au Digeste : *incivile est nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere.* En effet, de quoi s'agit-il dans la loi citée? D'un héritier apparent qui délibère s'il acceptera la succession, ou s'il s'en abstiendra. Le préteur avait décidé que, dans cet intervalle, il ne pourrait aliéner, *bona intereà diminui vetabo*; et de là le jurisconsulte Ulpien infère qu'il est également sans pouvoir relativement à la poursuite des dettes actives de la succession : *his autem verbis prætor non tantùm alienationem impedit, verùm etiam actiones exerceri non patitur;* et il en donne cette raison : *est enim absurdum ei cui alienatio interdicitur, permitti actiones exercere;* c'est-à-dire, il serait absurde que celui à qui l'on défend de toucher aux biens quelconques d'une succession, pût exercer les actions que le défunt y a laissées. Pourquoi cela? Parce-qu'en recevant les deniers provenant de ces actions, il enfreindrait autant la lettre que l'esprit de l'édit du préteur, *bona intereà diminui vetabo.* Or, je le demande, quel rapport y a-t-il entre cette loi et l'espèce à laquelle la plupart des rédacteurs et des interprètes de nos coutumes l'ont appliquée? N'est-il pas évident que l'incapacité dans laquelle ils ont placé le mari, relativement aux actions réelles de la femme, n'est fondée sur aucune raison solide, et n'a d'autre source que l'erreur et le défaut d'examen?

Aussi, pour en revenir à la jurisprudence du Hainaut, ne balancerais-je pas à l'en rejeter, si je ne l'y trouvais établie d'une manière assez expresse pour me convaincre que le système adopté par les coutumes voisines, a étendu ses progrès jusque dans ce pays. Car, je le répète, l'art. 42 du chap. 78 des chartes générales suppose bien clairement que le mari ne peut intenter ni soutenir aucune action réelle à titre de sa femme, lors même qu'il en a des enfans; et d'ailleurs, l'art. 43 nous fait voir que les rédacteurs étaient entachés de cette fausse maxime, qu'il faut être capable d'aliéner pour être capable de défendre à une action réelle.

VII. Mais voici une autre question. L'article que je viens de discuter, se sert du mot générique *action réelle*, sans spécifier si l'on doit borner sa disposition aux fiefs et aux francs-alleux, ou s'il faut l'étendre aux mainfermes : ce silence ne peut faire naître aucun doute par rapport aux mainfermes situés dans le *chef-lieu de la cour*, parcequ'ils suivent les mêmes règles que les fiefs; mais que doit-on dire de ceux qui sont régis par les coutumes de Mons et de Valenciennes?

En général, les chartes du Hainaut n'influent point sur ces sortes de biens; mais ce n'est point par défaut de pouvoir de la part de ceux qui ont fait ces lois, puisqu'ils avaient certainement autant de puissance sur les mainfermes que sur les fiefs; c'est par un arrangement assez bizarre, que ces législateurs ont cru devoir faire, en partageant le Hainaut en différens chefs-lieux. Mais comme cet arrangement a été purement volontaire de leur part, ils ont été libres d'y déroger : or, en quels cas sont-ils censés le faire? c'est, sans contredit, lorsqu'on trouve dans les

(1) Loi 3, §. 3. D. *de rebus eorum qui sub tutelâ.*

chartes générales, une disposition qui n'est, ni limitée aux fiefs et aux francs-alleux, ni contredite par la coutume locale des mainfermes auxquels on voudrait l'appliquer. Quand ces deux circonstances se rencontrent, point de doute qu'on ne puisse et qu'on ne doive même recourir aux chartes générales, pour gouverner les mainfermes situés dans un autre chef-lieu que celui de la cour.

Cela posé, notre question se résoud d'elle-même. D'un côté, l'art. 42 du chap. 78 détermine le pouvoir des maris relativement aux actions réelles de leurs femmes, sans restreindre sa disposition aux fiefs ni aux francs-alleux; d'un autre côté, les coutumes de Mons, de Valenciennes, et les autres coutumes locales de la province, gardent un profond silence sur cet objet : on doit donc appliquer aux mainfermes qu'elles régissent, la règle établie par le texte cité, c'est-à-dire, refuser aux maris le droit d'agir seuls en justice, à titre de leurs femmes, pour la propriété des biens de cette nature.

On pourrait peut être croire que les mainfermes du chef-lieu de Mons dussent être exceptés de cette règle dans le cas où il y a des enfans, parcequ'alors le mari n'a pas besoin du consentement de sa femme pour aliéner les biens dont elle est propriétaire; mais il est rare que cette exception puisse avoir lieu. L'exercice du pouvoir exorbitant que la coutume accorde, en matière d'aliénation de fonds dotaux, à un mari qui a des enfans, est subordonné à la condition de n'avoir plus de biens de son côté dans tout le chef-lieu, ou au moins de jurer qu'on n'en a plus. Ainsi, en partant du principe que la faculté d'agir dépend de celle d'aliéner, il faudrait qu'un mari, pour être admis en justice à soutenir seul une action réelle, à titre de sa femme, affirmât préalablement, lui, son adversaire et le juge, qu'il ne possède plus rien de son côté dans tout le ressort de la coutume. Car cette loi municipale dit très-positivement, comme on l'a déjà vu, qu'un mari ne peut *vendre, déshériter, charger, conditionner, aliéner ne fourfaire par possession*, NE AUTREMENT, *l'héritage venant de par sadite femme*, à moins qu'il n'ait épuisé tout son propre patrimoine et qu'il ne le jure ainsi. Or, on sent combien de telles recherches et de telles affirmations seraient embarrassantes et singulières dans le commencement d'une instance : il est bien plus simple et plus régulier de faire intervenir la femme.

Il faut cependant excepter de cette décision les coutumes locales de Chimay et de Binche. La première permet indéfiniment au mari d'aliéner tous les biens de sa femme sans le consentement de celle-ci; la seconde accorde le même pouvoir à celui qui a des enfans : à plus forte raison un mari quelconque, dans l'une, et un mari qui est en même temps père, dans l'autre, peuvent-ils agir seuls en justice pour la propriété des biens de leurs femmes.

[[VIII. A ces diverses règles, ou plutôt à toutes ces bigarrures de notre ancien droit, le Code civil substitue des dispositions simples et communes à toute la France.

S'agit-il des actions relatives à des biens dotaux proprement dits, c'est-à-dire, à des biens constitués en dot au profit d'une femme mariée sous le régime dotal? L'art. 1549, après avoir dit que « le mari seul en a l'administration pendant le mariage », ajoute qu'*il a le droit d'en poursuivre les débiteurs et détenteurs*; ce qui s'accorde parfaitement, comme l'on voit, avec les décisions du droit romain rappelées ci-dessus, n° 1, mais laisse à désirer comme elles, une explication sur le point de savoir si le mari a aussi le droit de défendre *seul* aux demandes en délaissement, explication qui pourtant peut paraître superflue, si l'on considère que le droit de plaider en défendant, est renfermé dans le droit de plaider en demandant, comme le plus l'est dans le moins.

S'agit-il des actions relatives à des biens qui ne sont qu'improprement qualifiés de dotaux, c'est-à-dire, aux biens personnels d'une femme mariée sous le régime de la communauté? L'art. 1428 porte que le mari *peut exercer seul toutes les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à sa femme.*

Il ne dit rien, comme l'on voit, des actions immobilières et pétitoires. Mais de ce qu'il n'attribue au mari que l'exercice des actions mobilières et possessoires, on peut, on doit même inférer qu'il lui refuse celui des autres actions; et c'est d'ailleurs ce qui résulte évidemment de l'art. 818, rapporté au mot *Partage*, §. 2, n° 3.

§. IV. *La Puissance maritale suspend-elle, en faveur de la femme, la prescription qui courrait contre elle, si elle était libre?*

Cette question est traitée au mot *Prescription*, sect. 1, §. 7, art. 2, quest. 5.

Au surplus, *V.* les articles *Autorisation maritale, Communauté, Dot, Femme, Mari, Récompense, Remploi, Séparation de biens* et *Séparation de corps.*]]

PUISSANCE PATERNELLE. Ces termes désignent l'autorité que les lois donnent au père sur la personne et les biens de ses enfans.

On sent, du premier coup d'œil, qu'une matière aussi importante et aussi vaste ne peut être traitée qu'avec une certaine étendue; c'est pourquoi nous la diviserons en sept sections.

La première détaillera l'origine de la Puissance paternelle, ses progrès, son usage actuel dans les différentes parties de la France.

La deuxième contiendra le tableau des personnes auxquelles cette Puissance peut appartenir, et de celles qui peuvent y être sujettes.

La troisième traitera des effets personnels qu'elle produit, soit pour ou contre le fils, soit pour ou contre le père.

La quatrième aura pour objet les effets réels qui en résultent, c'est-à-dire, l'influence qu'elle a sur les biens de ceux qui y sont soumis [[et de ceux à qui elle appartient.]]

On examinera, dans la cinquième, la question de savoir si un tiers peut, par une condition apposée à un legs ou à une donation qu'il fait à un fils de famille, diminuer ou restreindre les droits de la Puissance paternelle, et quel est l'effet d'une pareille condition.

Les causes qui font cesser la Puissance paternelle, seront la matière de la sixième.

Enfin, dans la septième, on passera en revue les différentes questions mixtes que peut faire naître la variété qui règne sur la Puissance paternelle, dans les lois et les usages des divers pays.

Telle est la tâche pénible que nous présente cet article. Nous ne la remplirons cependant pas ici dans toute son étendue; elle l'est déjà en partie par quelques articles auxquels nous nous contenterons de renvoyer, à mesure que nous parviendrons aux matières qui en sont les objets.

SECTION I. *De l'origine de la Puissance paternelle, de ses progrès, et des pays où elle est reçue.*

I. On peut dire de la Puissance paternelle, considérée dans son origine, ce que l'orateur romain disait de la défense de soi-même: *est hæc non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verùm ex naturâ ipsâ arripuimus, hausimus; ad quam non docti, sed facti, non instituti, sed imbuti sumus.* Ce n'est pas une loi qui nous vient des hommes, nous ne l'avons pas apprise, nous ne l'avons lue nulle part; c'est la nature qui l'a mise au-dedans de nous: c'est un rapport qu'elle a établi elle-même entre le père et le fils; c'est un sentiment né avec eux, et qui soumet invinciblement l'un à l'autre.

Dans le premier âge du monde, l'autorité paternelle était la seule connue.

Mais cette autorité n'était alors qu'une faible image de ce qu'elle devint depuis chez quelques peuples: ce n'était pas pour lui-même que le père l'exerçait; un tribut d'amour et de respect était le seul fruit qu'il en tirait; c'était pour le fils, pour l'intérêt du fils seul, qu'il lui commandait; il n'y avait ni despotisme ni avantage réel dans cet empire, et la supériorité du père n'était que le droit même d'un fils respectueux et tendre, d'avoir un guide dans son enfance, un conseil dans sa jeunesse, un consolateur dans ses maux, un appui, un protecteur, un ami toute sa vie.

II. Sans passer ici en revue les divers changemens qu'ont apportés à cet ordre naturel les constitutions et les usages de tous les anciens peuples, arrêtons nos regards sur le trône le plus imposant que la Puissance paternelle ait jamais eu dans l'univers; considérons-la assise au milieu de Rome, et voyons quelles lois elle y prononçait.

L'empereur Justinien dit dans ses Institutes, §. 2, *de patriâ Potestate*, que la Puissance des pères sur leurs enfans est un droit particulier aux Romains: *jus potestatis quod in liberos habemus, proprium est civium Romanorum;* car il n'y a point de nation, continue-t-il, où cette Puissance ait les mêmes effets que chez eux: *nulli enim sunt homines qui talem in liberos habeant potestatem, qualem nos habemus.*

Ces effets portaient, dans les commencemens l'empreinte de la férocité des fondateurs de Rome. On partait à cet égard d'un principe fécond en conséquences atroces: on regardait les enfans comme appartenant à leur père, et faisant partie de son patrimoine; et c'est sur ce fondement que la loi 1, §. 2, D. *de rei vindicatione*, permettait au père d'exercer contre ceux qui lui avaient enlevé ses enfans, l'action appelée en droit *revendication*, voie qu'on ne pouvait prendre que pour recouvrer la possession des choses dont on était propriétaire.

De là, le droit de vie et de mort que Romulus avait donné aux pères sur leurs enfans. On en trouve des traces dans la loi 11, D. *de liberis et posthumis*, dans la loi 5, D. *de lege Pomponiâ de parricidiis*, dans la loi

dernière, C. *de patriâ Potestate.* Mais ces textes prouvent que, dans le temps même où ils ont été écrits, cette jurisprudence barbare était déjà abrogée. Nous ne connaissons cependant pas l'époque précise de l'abrogation qui en a été faite : le corps du droit nous présente bien là-dessus des lois qui la supposent, mais aucune qui la prononce formellement. Peut-être s'est-elle opérée d'elle-même insensiblement. Des mœurs plus douces ont dû nécessairement inspirer aux Romains des sentimens plus conformes à la nature : et le défaut d'exécution de la loi de Romulus aura suffi pour la faire oublier entièrement (1).

La loi *Julia* maintint néanmoins, dans un cas particulier, le droit de vie et de mort auquel les enfans avaient été précédemment soumis : elle permit au père de l'exercer sur sa fille, lorsqu'il la surprendrait commettant un adultère, pourvu qu'il le fît sur-le-champ et qu'il tuât en même temps le complice de son crime. C'est ce que nous apprennent les lois 20, 21, 23 et 32, D. *ad legem Juliam de adulteriis.*

La loi 5, D. *de lege Pomponiâ de parricidiis,* semble faire entendre qu'un fils pouvait être traité de même, lorsqu'il était surpris dans des embrassemens criminels avec sa belle-mère, épouse de son père : « On rapporte (dit-elle) que l'empereur Adrien a » condamné à la déportation un père qui » avait tué son fils à la chasse, en haine de » ce qu'il vivait dans un commerce adultérin avec sa belle-mère ; cette condamnation a été motivée sur ce que le meurtrier » avait plutôt agi en assassin, *qu'il n'avait* » *exercé un droit de paternité : quòd latronis magis quàm patris jure eum interfecit* ». Ces mots, *patris jure*, paraissent insinuer qu'il était un cas où le fils qui souillait la couche nuptiale de son père, pouvait être tué par droit de Puissance paternelle ; et ce cas ne pouvait être que celui où le père le trouvait sur le fait.

La perte de la liberté était-elle, aux yeux des premiers Romains, comme elle devrait toujours l'être aux yeux de tout homme qui sent le prix d'un droit aussi essentiellement attaché à son existence, un plus grand mal que la perte de la vie? Ce qui semblerait porter à le croire, c'est que les mêmes lois qui leur permettaient anciennement de tuer leurs enfans, leur défendaient de les vendre et de les réduire à l'état d'esclaves. C'est ce qu'atteste un rescrit de l'empereur Constantin, placé sous le titre *de patriâ Potestate*, au Code : *libertati à majoribus tantùm impensum est, ut patribus quibus jus vitæ in liberos necisque potestas olim erat permissa, libertatem eripere non liceret.*

Mais cette loi n'est-elle pas contredite par deux textes du Code Papyrien, dont l'un porte « qu'un père a droit de vie et de mort » sur ses enfans, et qu'il peut les vendre quand » il veut » ; l'autre, que « si un père a permis » à son fils de contracter un mariage solennel, » alors le père ne pourra plus vendre son fils » marié suivant les lois » ?

Ces deux textes sont rapportés par Terrasson, dans son *Histoire de la jurisprudence romaine*, pages 54 et 66. On attribue le premier à Romulus, et le second à Numa. Peut-être les concilierait-on avec la loi de Constantin, en rapportant ce que dit celle-ci au moyen âge de la république romaine. Quoi qu'il en soit, la défense qu'elle contient, admettait une exception : un autre rescrit du même empereur, dont on a formé la loi 2, C. *de patribus qui filios suos distraxerunt*, permet au père dénué de toute ressource, et plongé dans une indigence extrême, de vendre ses enfans au moment où ils sortent du sein de leur mère ; mais il ajoute que c'est le seul cas où la vente puisse être de quelque effet ; et que, si, dans la suite, le père offre à l'acquéreur, soit la valeur de l'enfant qu'il lui a vendu, soit un autre esclave de la même qualité, l'acquéreur ne pourra pas se dispenser de rendre l'enfant.

Le droit de propriété qu'avait le père sur la personne de ses enfans, devait naturellement faire tomber dans le patrimoine de l'un toutes les acquisitions que faisaient les autres ; et cela fut long-temps observé avec la plus grande rigueur. Mais peu à peu on parvint à adoucir cette jurisprudence ; et le dernier état du droit romain, à cet égard, fut que le père ne profiterait des acquisitions de son fils, qu'autant que ce dernier les aurait faites par le moyen d'un pécule dont il eût l'administration ; que le fils retiendrait à soi en pleine propriété tout ce qu'il gagnerait, soit dans les armées, soit au barreau ; et, qu'à l'égard des successions qui pourraient lui échoir, ou des libéralités entre-vifs et testamentaires qui lui seraient faites, le fonds lui en appartiendrait, mais que le père en aurait l'usufruit.

III. C'était ainsi que les lois romaines avaient modifié la Puissance paternelle, lorsque les Gaules furent détachées de l'Empire, et tombèrent au pouvoir de nouveaux mai-

(1) *V.* le président Favre, *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia, tit.* 8, *princip.* 3.

tres. On sent bien qu'il n'eût pas été facile de faire perdre aux vaincus l'idée d'une législation qu'ils avaient toujours respectée et chérie. Aussi les rois de la première race prirent-ils le parti d'autoriser les Gaulois à suivre le droit romain, comme ils avaient fait avant la conquête ; et de là est nécessairement résultée, parmi ces peuples, la conservation de la Puissance paternelle selon les principes établis par les derniers empereurs qui avaient régné sur eux.

Il paraît même qu'insensiblement on cessa de distinguer, à cet égard, les conquérans d'avec les vaincus, et que tous admirent les effets de la Puissance paternelle.

Nous voyons dans le *Glossaire du droit français*, tome 1, page 373, que, même sous la seconde race de nos rois, il était permis aux pères de vendre leurs enfans, pour subvenir à leurs nécessités.

Les notes de Baluze sur Salvien (*Advers. avarit., lib.* 2, §. 4), nous prouvent qu'on maintenait encore au treizième siècle, l'ancien usage par lequel les pères étaient autorisés à consacrer irrévocablement leurs enfans, même dès le ventre de leurs mères, à la profession ecclésiastique ou monacale.

Les anciennes chartes établissent clairement la même chose : nous n'en citerons que trois, mais elles sont là-dessus de la plus grande évidence.

La première est relative au testament que fit, en 1404, la reine Jeanne de Champagne, femme du roi Philippe-le-Bel. Cette princesse ayant désiré que ses dernières dispositions fussent approuvées par son fils aîné, qui avait alors plus de quatorze ans, il eut besoin pour cela de l'autorité de son père, qui la lui donna en ces termes : *Auctoritatem plenamque et liberam potestatem duximus concedendam ad supplicationem et humilem requisitionem ipsius primogeniti nostri* (1).

La deuxième est du roi Philippe de Valois, qui, voulant donner à son fils le duché de Normandie, le comté d'Anjou et celui du Maine, commença par l'émanciper, afin qu'il fût habile à les recevoir. Elle est datée du 17 février 1331 (2).

La troisième est l'acte de donation que le roi Jean fit à son fils Philippe, le 6 septembre 1363, du duché et du comté de Bourgogne : Philippe y est expressément émancipé : *Ad quod homagium admisimus eumdem (Philippum) quam per hoc emancipamus, et extrà potestatem nostram posuimus et ponimus per præsentes* (1).

Les décisions 236 et 248 de Jean des Mares, qui vivait, dit-on, sous Charles VI, contiennent de nouvelles preuves que la Puissance paternelle était anciennement admise dans toute la France.

Suivant la première, les enfans *mariés de père et de mère*, sont, non-seulement *hors de leur main*, c'est-à-dire émancipés, mais encore exclus de leur succession *ab intestat*; ce qui est évidemment pris de l'ancien droit romain (2).

La seconde porte que, quand un parent fait une donation *à aucun étant en Puissance*, le père du donataire n'y a ni propriété *ni usufruit*. Cela suppose bien clairement que la Puissance paternelle était alors reconnue à Paris, et qu'elle y donnait régulièrement au père l'usufruit des biens de ses enfans, mais qu'on en avait excepté les dons faits à ceux-ci par leurs parens; exception qui confirmait la règle pour tous les autres cas.

On peut encore voir, sur cette matière, la *Somme rurale* de Bouteiller, pages 442, 454, 597, et l'auteur du *Grand Coutumier*, liv. 2, chap. 40.

IV. A l'égard de nos usages actuels, on convient universellement qu'ils sont encore les mêmes dans les pays de droit écrit, et que la Puissance paternelle y produit presque encore les mêmes effets que dans le dernier état de la jurisprudence romaine.

Mais on prétend que tout est changé, à cet égard, dans les pays coutumiers. Loysel, dans ses règles coutumières, liv. 1, tit. 1, art. 37, met en principe, que *droit de Puissance paternelle n'a lieu* : il ne parle de la sorte que d'après Dumoulin sur la coutume de Paris, §. 25, n° 13; et de tous les auteurs qui sont venus depuis, il en est peu qui n'aient adopté ce principe : c'est même ce que porte expressément l'art. 221 de la coutume de Senlis.

Il y a cependant des coutumes qui font expressément mention de la Puissance paternelle : ce sont celles de Berry, tit. 1, art. 166, 167 et 168; de Poitou, tit. 9; de la Marche, art. 298; de Nivernais, chap. 22, art. 2; de Blois art. 1 et 2; de Montargis, chap. 7,

(1) Lannoy, *Histoire gymnastique de Navarre*, page 12, édition de 1677.

(2) Du Tillet, *Recueil des rois de France*, page 297, édition de 1603.

(1) Gollut, *histoire de la Franche-Comté*, liv. 8, chap. 27; Plancher, *preuves de l'histoire du duché de Bourgogne*, tome 2, page 279.

(2) *V.* le Digeste, titre *de conjungendis cùm emancipato liberis*.

art. 2 et 3; d'Orléans, art. 180 et 185; de Chartres, art. 103; de Châteauneuf, art. 133; de Sédan, art. 5; de Vitry, art. 143; de Reims, art. 6, 7 et 8; de Châlons, art. 7 et 8; de Bretagne, art. 526, 527, 528, 529, 535, 536; de Normandie, art. 421; de Troyes, art. 139; de Bordeaux, art. 1 et 2; de Saintonge, art. 2; d'Angoumois, art. 120; de la Rochelle, art. 24; de Bouillon, chap. 11, art. 7; de Clermont en Argonne, chap. 3, art. 8; de Saint-Mihiel, tit. 1, art. 16; de Gorze, tit. 1, art. 13 et 27; de Lorraine, tit. 1, art. 16; d'Epinal, tit. 3, art. 16; de Bassigny, art. 42; de Metz, chap. 1, art. 4; de l'Evêché de Metz, chap. 1, art. 16 et 17; de Cambrai, tit. 6, art. 1 et 2; de la Gorgue, art. 111; de Lille, tit. 4, art. 2; de la châtellenie de Lille, tit. 13, art. 1; de Tournai, chap. 10, art. 2; de Douai, chap. 7, art. 2; de la gouvernance de Douai, chap. 11, art. 1; d'Orchies, chap. 6, art. 3; de Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 27; de Courtrai, rubr. 12, art. 9; de Gand, rubr. 21, art. 1; d'Audenarde, rubr. 15, art 1; d'Alost, rubr. 17, art. 19 et 20; de Teremonde, rubr. 13, art. 1; d'Assenède, rubr. 14, art. 1; de Bouchante, rubr. 18, art. 1; de Rousselaër, rubr. 9, art. 1 et 2; d'Ecloo, rubr. 14, art. 1; de Desseldonck, art. 40; du Franc-de Bruges, art. 153 et 154; de Hainaut, chap. 32, art. 3 et 5, et chap. 110, art. 1; de Mons, chap. 8, 9, 10 et 36; de Valenciennes, art. 267; de Liége, chap. 1, art. 7, etc.

Faut-il mettre sur la même ligne les coutumes d'Auvergne et de Bourgogne?

Prohet, tit. 1, art. 7, et tit. 14, art. 42, soutient la négative par rapport à la première. *Il établit comme une maxime constante*, que la Puissance paternelle n'a pas lieu en Auvergne; mais en cela il contredit évidemment l'esprit et la lettre de la loi municipale qu'il commente. En effet, l'art. 42 du tit. 14 de cette coutume distingue les enfans *non émancipés* de ceux qui le sont.

L'art. 2 du même titre décide que la fille qui a été mariée, *ne retourne point en la Puissance de son père après sa viduité.*

L'art. 49 assure au père le plus grand fruit de cette Puissance : il déclare que *le père est fructuaire des biens maternels et adventifs de son enfant; et dure ledit usufruit, nonobstant que l'enfant trépasse le père vivant.*

« Il y a donc (conclud le président Bouhier) » de l'aveuglement à ne pas reconnaître la » Puissance paternelle dans une telle cou- » tume ».

Quant au duché de Bourgogne, il s'est passé un long espace de temps, sans qu'on doutât que la Puissance paternelle n'y eût lieu. C'est ce qu'on peut voir dans les Commentaires de Chassenœuz, tit. 6, art. 3, *princip.*, nº 21, de Bouvot, de Villers, de Dépringles, et dans les *Institutes coutumières* de Durand, liv. 1, tit. 4.

« Ce ne fut (dit le président Bouhier) qu'en » 1697, que feu M. l'avocat général Durand, » en donnant au public ces mêmes Institutes, » dont son aïeul était l'auteur, s'avisa de dire » assez légèrement que *le droit romain ne* » *saurait nous servir de règle en cette occasion;* » *car il est certain*, ajouta-t-il, *que nous ne* » *suivions pas sa disposition en ce point.* » Et, quoique l'auteur du Commentaire sur » notre coutume, qui parut l'année suivante » (Taisand), ne fut pas tout-à-fait de son » avis, il ne laissa pas de dire, par respect » peut-être pour son autorité, que *nous* » *n'avons guère qu'un reste, et, pour ainsi* » *dire, une ombre de la Puissance pater-* » *nelle* ».

Pour détruire ces idées *fausses et dangereuses*, le président Bouhier établit deux propositions : la première, que les peuples de Bourgogne ont conservé la Puissance paternelle, à peu près telle qu'ils l'ont reçue des Romains; la seconde, qu'ils jouissent de presque tous les effets qui lui étaient attribués par le dernier état du droit civil; et qu'à cet égard, ils suivent, à peu de chose près, toutes les règles qu'il a prescrites.

La première de ces deux propositions est prouvée par l'art. 52 de la coutume de Bourgogne, lequel porte que « le fils ou la fille » étant hors d'âge de pupillarité, tenant feu » et lieu à leurs chefs, ou séparément de son » père, est réputé *émancipé* de sondit père ». Tous les docteurs enseignent que *privatio præsupponit habitum;* ainsi, « l'émancipation » suppose (dit le président Bouhier) que l'en- » fant était auparavant en la Puissance de son » père; et cette formalité n'a jamais été prati- » quée dans les pays où cette Puissance n'est » pas reconnue ». D'ailleurs le duché de Bourgogne est régi par une coutume qui renvoie expressément aux lois romaines, pour tout ce sur quoi elle n'a pas jugé à propos d'innover; cette province est même rangée au nombre des pays de droit écrit; et cela seul paraît suffire pour ne laisser aucune difficulté sur le point dont il s'agit.

La seconde proposition demande plus de détails, le président Bouhier la développe et la démontre de la manière la plus satisfaisante.

1°. Il fait voir qu'en Bourgogne, comme dans le droit romain, tout ce que le fils acquiert, hors les pécules castrense, quasi-castrense et adventif, appartient au père; et

il le prouve par un arrêt du parlement de Dijon, du 23 janvier 1617, « qui jugea que » les biens d'un fils âgé de quarante ans, » demeurant avec son père, et ayant acquis » ces biens sans avoir ni office ni bénéfice, » appartenaient à son père, suivant les lois ».

2°. Il est certain que le père a en Bourgogne l'usufruit des biens adventifs de ses enfans. Nous rapporterons au mot *Usufruit paternel*, un arrêt du parlement de Dijon qui en forme seul une preuve démonstrative; et c'est pour « cela (dit le président Bouhier) qu'Eudes » de Bourgogne, fils aîné de notre duc Hu- » gues IV, jouissait du comté de Nevers, à » cause de la Puissance paternelle sur les » enfans qu'il avait eus de la feue princesse » sa femme, comme il paraît par une charte » de l'an 1262 (Coquille, tome 1, page 416) ».

3°. On trouvera dans la suite de cet article, un arrêt qui juge qu'en Bourgogne il ne peut exister aucune obligation civile entre le père et le fils non émancipé.

4°. Il est pareillement d'usage, dans cette province, de regarder comme nulles les donations entre-vifs qui sont faites au second par le premier. C'est ce qu'assure Chasseneuz, tit. 7, §. 6, aux mots *Mais le père;* et c'est ce que justifie nettement l'art. 223 des anciennes coutumes, conçu en ces termes : *Si aucun donne à sa femme, la donation ne vaut rien; ni aussi à celui qui est en sa Puissance.* On trouve même dans le *Recueil de pièces curieuses* de Pérard, page 521, un exemple illustre de cet usage; c'est celui du duc Hugues IV, lorsqu'en 1272 il voulut donner entre-vifs le duché de Bourgogne à Robert son fils : car il l'émancipa d'abord par un acte formel, et ce ne fut que peu de jours après qu'il passa l'acte de donation.

5°. Un des effets les plus remarquables de la Puissance paternelle, est le pouvoir qu'a le père de substituer pupillairement à son fils; et ce pouvoir s'exerce tous les jours en Bourgogne.

Enfin, le président Bouhier ajoute que le sénatus-consulte Macédonien, l'imprescriptibilité des biens du fils pendant que le père en a l'usufruit, l'incapacité de l'un de donner à cause de mort sans l'aveu de l'autre, sont encore autant d'effets de la Puissance paternelle, que les usages de Bourgogne ont constamment reconnus.

On voit par-là, continue-t-il, que cette Puissance n'a guère moins d'étendue, dans cette Province que dans les derniers temps du droit romain; « tant s'en faut qu'elle y » soit abolie, comme quelques novateurs ont » voulu le persuader au public. Cet étrange » paradoxe est si nettement condamné par » le concert unanime de tous les commen- » tateurs anciens et nouveaux de notre cou- » tume, qu'il est surprenant qu'on ait eu de » nos jours la témérité de le proposer ».

Ce magistrat va plus loin encore : il soutient que Dumoulin, Loysel et leurs copistes se sont trompés en avançant que la Puissance paternelle n'avait plus lieu dans la coutume de Paris, ni dans les autres qui n'en parlent pas plus qu'elle; mais en même temps il avoue, « qu'elle y a été restreinte, en beaucoup de » choses. Je l'ai déjà fait voir (dit-il) par la » décision 248 de Jean des Mares.... Ce sont » apparemment ces restrictions qui ont fait » dire à quelques auteurs, que la Puissance » paternelle n'avait pas lieu aux pays coutu- » miers; proposition qui signifiait seulement, » dans l'origine, qu'elle n'y avait pas lieu » dans la même étendue que dans les pays » de droit écrit, et non qu'elle y fût entière- » ment abolie, comme on l'a voulu dire dans » le suite. Car, après tout, puisque cette » Puissance y a été reconnue autrefois, » comme on n'en saurait douter, par quelle » loi, par quel réglement a-t-elle été pros- » crite? C'est ce qu'on ne nous dit point et » qu'on ne nous montrera jamais. Si donc » elle a été reçue dans les pays coutumiers, » elle doit être encore reconnue dans toutes » les coutumes qui n'ont point à cet égard » de disposition prohibitive. C'est une vérité » qui a été fortement soutenue par un habile » avocat au parlement de Paris (Bretonnier » sur Henrys, tome 2, liv. 4, quest. 13), et » qui me paraît démontrée ».

Elle est encore étayée du suffrage de Rassicod, *Notæ et restitutiones ad Molinæi commentaria de feudis*, page 192.

[[V. Aujourd'hui, la Puissance paternelle a lieu dans toute la France; mais elle n'y a pas tous les effets que le droit romain et quelques coutumes en faisaient dériver avant le Code civil. C'est ce qui sera expliqué dans les sections suivantes.]]

Section II. *Des personnes à qui la Puissance paternelle peut appartenir, et de celles qui peuvent y être sujettes.*

I. Pour jouir de la Puissance paternelle, il fallait, chez les Romains, avoir le droit de cité, et par conséquent il faut, dans nos mœurs, être régnicole et participer à tous les effets de la vie civile.

Ainsi, un père banni à perpétuité du royaume, [[aujourd'hui déporté du terri-

toire français]], ne peut exercer cette Puissance, soit sur les enfans qui lui naissent depuis, soit sur ceux dont la naissance a précédé sa condamnation. C'est ce qu'établit Justinien dans ses Institutes, liv. 1, tit. 12, §. 1.

Par la raison contraire, le §. 2 du même titre « décide que la rélégation, à laquelle nous avons assimilé le bannissement à temps, n'empêche pas le père qui y est condamné, d'avoir ses enfans sous sa Puissance. Et c'est ce qu'a jugé un arrêt que Brillon rapporte en ces termes, au mot *Bannissement* : « un » père ne perd point la Puissance paternelle par un bannissement hors du royaume » pendant neuf ans, et n'est point réputé » mort civilement. Jugé en la chambre de » l'édit de Castres, le 1er avril 1633, au » procès du sieur de Pontac, trésorier général de France, contre le sieur de Marcellus : l'aïeule maternelle, qui voulait agir » en qualité de tutrice et administratice, fut » déboutée ».

II. Il est de principe qu'on ne peut avoir ses enfans sous sa Puissance, lorsqu'on est soi-même assujéti à la Puissance d'un autre. Les lois 20 et 21, D. *ad legem Juliam de adulteriis*, sont formelles sur ce point : elles décident qu'un fils non émancipé ne peut pas tuer sa fille surprise en adultère, parcequ'étant lui-même sous la Puissance d'un père, il ne peut pas avoir sur elle un droit que la loi Julia fait absolument dépendre de la Puissance paternelle.

Aussi est-il universellement reconnu, dans les pays où le mariage n'émancipe pas, que le fils n'a, pendant la vie de son père, aucune autorité sur ses propres enfans. L'instant où il est émancipé, est le seul où il devient habile à jouir de la Puissance paternelle : encore ne l'acquiert-il pas alors sur ceux de ses enfans dont la naissance est antérieure à son émancipation; car ils demeurent soumis à l'aïeul, à moins qu'il ne les émancipe lui-même, ou qu'il ne meure.

La mort de l'aïeul ne rend pas même au fils tous les droits de la paternité : à la vérité, s'il n'a pas été émancipé auparavant, s'il a porté jusqu'à cette époque les liens dans lesquels la loi l'avait enchaîné en naissant, ses enfans retombent alors sous sa Puissance, et ne font, par ce moyen, que changer de maître. Mais si son émancipation a précédé la mort de son père, ceux de ses enfans que celui-ci a retenus toute sa vie sous sa Puissance, deviennent en ce moment libres et pères de famille.

Tout cela est nettement établi par la loi 5, D. *de his qui sui vel alieni juri sunt*, par la loi 7, C. *de patriâ Potestate*, et par le commencement du titre *quibus modis jus patriæ Potestatis solvitur*, aux Institutes.

[[Aujourd'hui, le mariage émancipe dans toute la France; et par conséquent, dans toute la France, les enfans naissent toujours sous la Puissance de leur père, jamais sous celle de leur aïeul paternel. *V.* ci-après, sect. 6, §. 4.]]

III. Les femmes ont-elles leurs enfans sous leur Puissance?

Non; ce droit a été réservé aux pères, parceque, dit le président Favre (1), il a été introduit pour le maintien et la propagation des familles, et qu'une femme est toujours considérée comme la fin de la famille dont elle est sortie? Telle est, au reste, la décision expresse du §. 10, aux Institutes, *de adoptionibus*, de la loi 5, C. du même titre, et de la loi pénultième, D. *de agnoscendis liberis*.

Ces deux derniers textes déclarent en même temps que l'aïeul maternel est, à cet égard, de la même condition que la mère. Comment, en effet, pourrait-il avoir, du chef de sa fille, plus de droit sur ses petits-enfans, que la fille elle-même n'en peut avoir en aucun cas? C'est, aux termes de la loi 6, D. *de collatione*, dans la personne du père ou de la mère qu'existe le lien qui unit l'aïeul au petit-fils; c'est donc par l'habileté ou l'incapacité du père et de la mère, qu'il faut en ce point mesurer les droits de l'aïeul, soit paternel, soit maternel.

Quoique la femme n'ait pas sur ses enfans la puissance civile dont nous parlons, elle ne laisse pas d'avoir le même droit à leurs égards et à leur respect que le père; on ne peut même lui refuser raisonnablement une certaine autorité sur eux, surtout lorsqu'ils sont mineurs : elle la tient, pour ainsi dire, des mains de la nature, et nos lois la lui confirment bien positivement, lorsqu'elles exigent son aveu pour le mariage de ses enfans. Catelan, liv. 4, chap. 8, s'exprime là-dessus d'une manière remarquable : « Les » droits du père sur ses enfans, si autorisés » parmi les Romains, comme établis par la » nature, sont parmi nous devenus bien plus » sacrés et plus respectables, comme établis » par Dieu même, dans le commandement si » absolu qu'il nous a fait d'honorer nos pères, » et qui suit de si près et immédiatement » celui de l'honorer. Cette loi divine a fait

(1) *Jurisprudenciæ Papinianeæ scientia, tit. 9, princip. 8*

» passer jusqu'a la mère, l'autorité que le » père seul avait dans l'établissement de ses » enfans. Nous honorons et respectons éga- » lement dans l'un et dans l'autre l'image et » l'ordre de Dieu; et, s'il m'est permis de » détourner en ce sens le sens profane d'un » poëte : *Deus est in utroque parentum* ».

C'est apparemment par cette considération que différens auteurs modernes enseignent que, parmi nous, la femme participe au droit et à l'exercice de la *Puissance paternelle;* assertion incontestable, en prenant ces mots dans le sens naturel qu'ils leur attribuent. Tel est, entre autres, Le Camus d'Honlouve, dans son *Commentaire sur la coutume de Boullonais*, tome 1, page 42 : « La Puissance » paternelle (dit-il) n'est pas, à beaucoup » près, aussi étendue en pays coutumier » qu'en pays de droit écrit; cependant, en » pays coutumier, elle a ses droits comme » ses obligations, et elle a lieu en faveur du » père comme de la mère ». Voët dit à peu près la même chose sur le Digeste, liv. 1, tit. 6, n° 3.

Les lois du Hainaut vont plus loin. En conservant à la Puissance paternelle la plupart des effets qu'elle produisait chez les Romains, elles la rendent absolument commune au père et à la mère, de manière cependant que le père l'exerce seul pendant sa vie, et que la mère ne commence à en jouir réellement qu'à l'instant où elle devient veuve. C'est ce que font clairement entendre les chartes générales, chap. 52, art. 8 et 5; et chap. 110, art. 1.

La coutume du chef-lieu de Mons, chap. 8, 9, 10 et 36, nous présente le même esprit.

Celle du chef-lieu de Valenciennes n'est pas moins expresse; elle porte, art. 26, que les enfans *en la subjection de leur père ou mère*, ne peuvent jouir et profiter des revenus de leurs biens, sans avoir été *préalablement et judiciairement mis hors ladite subjection et mainbournie.*

Il y a plus : si la mère se remarie, elle transfère à son nouvel époux la Puissance qu'elle a sur ses enfans. La coutume du chef-lieu de Mons nous en offre une preuve bien claire et bien précise dans la manière dont elle ordonne aux beaux-pères de procéder à l'émancipation des enfans de leurs femmes; car, nous l'avons déjà dit, l'émancipation présuppose nécessairement la Puissance paternelle. Or, on lit dans le chap. 6 de cette loi, « qu'un parâtre ne peut les enfans de sa femme » mettre hors de pain, qu'ils ne soient âgés ». Le chap. 8 contient ces expressions non moins remarquables : « Quand pères et mères ou » *parâtres* mettent leurs enfans ou *enfans* » *de leurs femmes* hors de pain ».

Cette disposition, quelque éloignée qu'elle soit de l'esprit du droit commun, doit être étendue à tout le Hainaut, parcequ'elle est une suite nécessaire de celle qui met les enfans sous la Puissance de leur mère veuve : car celle-ci, en se remariant, tombe dans un état d'inertie; la loi la prive, en faveur de son mari, de l'exercice de tous ses droits actifs; et certainement on doit compter parmi ces droits, la Puissance qu'elle avait sur ses enfans. L'usage est d'ailleurs constant sur ce point : on en a produit un acte de notoriété pour la ville de Valenciennes, dans un procès qui a été jugé au parlement de Flandre, le 13 août 1739, entre le sieur Dubois d'Haveluy et le procureur-syndic de l'échevinage de Douai.

Mais la mort de la mère opère-t-elle la dissolution de la Puissance qu'elle avait transmise à son second mari?

On ne croit pas que l'affirmative soit susceptible du moindre doute. C'est un principe avoué de tout le monde, et consacré par la loi 54, D. *de regulis juris*, qu'on ne peut pas transférer à un tiers plus de droit qu'on n'en a soi-même. Or, la Puissance qu'une mère a sur ses enfans, est certainement limitée à l'espace de sa vie; elle ne peut donc pas la transmettre à son second mari pour un plus long terme. D'ailleurs, à proprement parler, un beau-père n'a aucune Puissance sur les enfans de sa femme; il ne fait qu'exercer celle qui appartient à sa femme elle-même : et l'exercice d'un droit quelconque ne peut pas durer plus long-temps que le droit même.

La coutume de Liége consacre, par une disposition expresse, tout ce que nous venons de dire par rapport au Hainaut. Voici comment est conçu l'art. 7 du chap. 1 de cette loi : « Les enfans de mariage légitime sont » en la Puissance de leur père, et, advenant » la mort d'icelui, tombent en la Puissance » et mainbournie de leur mère; et si elle se » remarie, deviennent en celle de leur parâ- » tre, et peut le parâtre administrer les biens » appartenans en plein droit à l'enfant mi- » neur de sa femme, voire en donnant cau- » tion de rendre compte de ce qu'il aura reçu, » *et rem pupilli salvam fore;* voire aussi que » la Puissance du parâtre cesse par la mort » de sa femme ».

La coutume de Gorze porte également, tit. 1, art. 13, que l'enfant de famille non marié est en la Puissance *de son père ou mère veuve.*

On remarque le même esprit dans les cou-

tumes de Bergues-Saint-Winock, rubr. 17; art. 27; de Courtrai, rubr. 12, art. 9; de Bailleul, rubr. 11, art. 1; de Gand, rubr. 21, art. 1; d'Audenarde, rubr. 17, art. 1 et 2; d'Alost, rubr. 17, art. 19; de Teremonde, rubr. 13, art. 1; de Bouchante, rubr. 18, art. 1; d'Assenède, rubr. 14, art. 8. Toutes ces coutumes portent que « les enfans demeu- » rent en la Puissance *de leurs père et mère* », jusqu'à ce qu'ils soient émancipés par l'une des voies qu'elles indiquent.

[Voici quelles sont là-dessus les dispositions du Code civil.

« Art. 371. L'enfant, à tout âge, doit honneur et respect à *ses père et mère*.

» 372. Il reste sous *leur* autorité, jusqu'à sa majorité ou son émancipation.

» 373. Le père seul exerce cette autorité durant le mariage ».

Mais une fois le mariage dissous, la Puissance paternelle se convertit de plein droit, pour la mère comme pour le père, en tutelle légitime; et la mère, en se remariant, ne transfère cette tutelle à son nouveau mari, qu'autant que le conseil de famille croit devoir la lui conserver à elle-même. *V.* l'article *Tutelle*.]]

IV. Une autre singularité que les lois du Hainaut présentent sur cette matière, est que les roturiers et les nouveaux nobles sont les seuls à qui elles accordent la Puissance paternelle. *V.* l'article *Fourmorture*, §. 4.

On sent combien cette jurisprudence est opposée aux idées les plus communes. Les exemples et les chartes que nous avons cités dans la section première, sont des preuves bien authentiques, que, dans les autres pays, on ne met aucune différence sur cette matière entre la noblesse et la roture. D'ailleurs les lois 6 et 7, D. *de senatoribus*, nous font voir qu'on ne pourrait effectivement en mettre une, sans heurter de front les principes de la jurisprudence romaine.

On a cependant prétendu assimiler sur ce point la coutume d'Angoumois aux chartes du Hainaut. Brodeau, dans ses notes sur cette loi municipale, fait mention d'un arrêt de 1612, qui avait confirmé cette opinion; mais, ajoute-t-il, « le contraire a été jugé par l'ar- » rêt de Barraud, qui est postérieur, confor- » mément à l'usance et à la pratique de la pro- » vince, dont il y a eu acte de notoriété au » sujet du procès du sieur de Jarnac contre » ses sœurs du second lit ».

L'erreur adoptée par l'arrêt de 1612, avait sa source dans le texte même de la coutume. L'art. 120 porte que, « si le fils d'aucun ro- » turier marié demeure en son ménage, hors » l'hôtel et domicile de son père par an et » jour entiers, il est, *eo ipso*, émancipé et » réputé personne usant de ses droits ». Mais il ne faut point conclure de ce texte, que les *roturiers* soient seuls soumis à la Puissance paternelle; on ne doit lire dans la coutume que ce qui y est écrit; et l'article cité porte seulement que le fils de famille roturier peut être émancipé par le mariage suivi d'une habitation séparée pendant un jour; ainsi, l'on inférera bien de là, que l'émancipation tacite n'a point lieu à l'égard des nobles, et que la coutume d'Angoumois est, à cet égard, conforme à celle de Poitou; mais on ne dira point pour cela que la Puissance paternelle n'y étend pas son empire sur les nobles. *V.* Vigier sur les art. 48, 120 et 121 de cette coutume.

V. Pour qu'il y ait lieu à la Puissance paternelle, il ne suffit pas que le père soit habile à l'exercer : il faut encore qu'il n'y ait rien dans le fils qui résiste à l'imposition de ce joug.

Il n'y a que deux qualités qui pourraient produire cet effet dans sa personne : celle de mort civilement, et celle de bâtard.

La raison qui, dans un père, exige la vie civile comme une condition sans laquelle il ne peut avoir la Puissance paternelle, la nécessite également dans le fils pour l'assujétir à ce droit. Aussi voyons-nous la loi 19, §. 11, D. *de captivis et postliminio reversis*, déclarer la Puissance paternelle résolue, ou plutôt tenue en suspens, par la mort civile qu'encouraient, chez les Romains, les fils de famille pris à la guerre et tenus en captivité par les ennemis de l'Etat.

Quant à la qualité de bâtard, elle forme (tant qu'elle subsiste et n'est pas effacée par la *légitimation*) un obstacle insurmontable à l'assujétissement du fils à la Puissance paternelle. C'est la disposition textuelle des Institutes de Justinien, liv. 1, tit. 9, §. 7, et tit. 10, §. 12; de la loi 11, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt*; et de la loi 45, D. *de adoptionibus*.

Il semblerait qu'il en dût être autrement en Hainaut par rapport à la mère : cela paraît même d'autant plus conforme à l'esprit des lois de cette province, que deux de ses coutumes particulières, Valenciennes et Lessines, établissent un droit de successibilité réciproque entre la mère et ses enfans naturels. Cependant on trouve dans les chartes générales, une disposition qui ne laisse, à cet égard, aucune différence entre le droit

commun et la jurisprudence de ce pays. Voici ce qu'elles portent, chap. 126, art. 14 : « Un » bâtard est entendu hors de pain, dès-lors » qu'il est né ». Il n'y a là, comme on le voit, aucune distinction entre la mère et le père. Il est d'ailleurs constant qu'en Hainaut, le mot *pain* signifie la même chose que *Puissance ;* c'est l'effet le plus commun employé pour désigner la cause.

[[*V.* l'art. 383 du Code civil, rapporté ci-après, sect. 3, §. 1.]]

SECTION III. *Des effets personnels que produit la Puissance paternelle.*

J'entends par *effets personnels* de la Puissance paternelle, ceux qui se rapportent directement à la personne, soit du père, soit du fils, et qui, ou n'ont aucune espèce de relation avec les biens de l'un et de l'autre, ou n'en ont qu'une indirecte et dépendante de la condition des personnes.

Pour les exposer dans tout leur jour, on divisera cette section en six paragraphe :

Le premier concernera le droit de correction qu'a le père sur son fils.

On examinera, dans les deux suivans, si le père est responsable des délits que son fils peut commettre;

S'il est tenu de ses dettes, et s'il peut exercer les actions personnelles qui lui appartiennent.

On s'occupera, dans le quatrième, de la question de savoir quelle est, dans les pays de droit écrit, l'influence de la Puissance paternelle sur la capacité d'état du fils par rapport aux actes de la vie civile.

Le cinquième roulera sur la même question, mais relativement aux pays coutumiers.

[[On exposera dans le sixième, quel est, sur ces deux derniers points, l'état actuel de la législation française.]]

§. I. *Droit de correction du père sur le fils.*

I. On a vu, plus haut, sect. 1, que les pères ont eu long-temps à Rome plein droit de vie et de mort sur leurs enfans. Ce droit odieux, et bien digne de la férocité de ses auteurs, a été remplacé par un autre plus favorable et plus analogue au vœu de la nature, celui de *correction :* on en a déjà parlé sous ce mot; nous ne ferons ici qu'ajouter quelques décisions particulières et détachées, qui le concernent.

On trouve dans le recueil de Boniface, tome 4, liv. 9, tit. 4, chap. 5, un arrêt du 16 décembre 1669, par lequel, sur la question de savoir si un père, traitant mal sa fille, doit être déclaré indigne de la Puissance paternelle, et si l'aïeul maternel doit, en ce cas, avoir la conduite de l'enfant; le parlement de Provence ordonna, avant faire droit, que l'aïeul maternel ferait preuve des mauvais traitemens exercés par le père envers sa fille, en la chassant de sa maison, lui refusant des alimens, et la faisant coucher nue dans une écurie.

Il a été rendu, de nos jours, un arrêt semblable au même parlement.

Marguerite Caillot se plaignait de mauvais traitemens exercés sur elle par son père et sa belle-mère, et elle demandait que le premier fût condamné à lui payer une pension alimentaire de 600 livres, qui la mît en état de vivre hors de la maison paternelle. Le père niait les mauvais traitemens, et soutenait que la preuve n'en était point admissible, tant parcequ'ils étaient d'une atrocité qui les rendait invraisemblables, que parcequ'il n'en existait aucun commencement de preuve par écrit. Il faisait d'ailleurs valoir le danger de l'indépendance des enfans, surtout dans la classe laborieuse du peuple; et il semblait aller jusqu'à prétendre que le juge ne devait mettre aucune borne au droit de correction paternelle.

Là dessus, M. l'avocat général de Calissane a dit :

« S'il faut prendre garde de détruire l'autorité paternelle, il faut prendre garde aussi d'établir la tyrannie.

» Il n'est pas à craindre que les enfans protégés contre leurs pères, deviennent indépendans.

» Le plus souvent ils ne connaissent pas seulement leurs protecteurs ni les lois qu'ils doivent invoquer.

» Leur timidité, leur faiblesse, sont de sûrs garans de leur obéissance.

» Il n'y a aucun excès de dépravation à appréhender de la part de jeunes cœurs si fidèles encore aux impressions de la nature.

» L'éducation de la classe indigente du peuple n'est pas plus éloignée de la sensibilité.

» L'indigence connaît également l'indépendance de l'amour-propre.

» En vain dirait-on que les châtimens sont nécessaires pour élever cette classe de citoyens, qui ne laisse à l'éducation d'autre ressource que celle des coups.

» Il est certain, au contraire, que l'indigence est l'état le plus rapproché de la nature;

» Qu'on y trouve plus de pudeur, plus

même de ces préjugés sublimes qui sont la sauve-garde des mœurs et des vertus;

» Que les mariages y sont plus chastes, les familles plus unies, les liens du sang plus révérés, la nature plus écoutée, le tendre nom de père plus doux à prononcer;

» Que ce nom y porte dans l'âme des enfans l'idée du respect, jointe à celle de la reconnaissance, surtout lorsqu'ils mangent un pain qu'ils voient arrosé des sueurs de leur père et souvent de ses larmes ».

Après ces observations, M. l'avocat général a examiné si les faits imputés à Caillot père, excédaient les bornes de la correction paternelle :

« Les lois (a-t-il dit) ont tracé aux pères la route qu'ils ont à suivre en corrigeant leurs enfans : s'en écarter, c'est abuser de l'autorité paternelle. Il est certain que, pour autoriser la réclamation de l'enfant contre le père, et de la femme contre le mari, il ne faut pas des faits qui constatent le danger imminent de la vie. Decormis dit que de la femme au mari, *la séparation a lieu, dès la première plainte, quand les mauvais traitemens ont été fort graves*.

» Et observons qu'en fait de sévices, le père est moins excusable que le mari. Mille circonstances peuvent concourir à troubler la raison de celui-ci; tout doit, au contraire, enchaîner la colère de celui-là. Des soupçons, quoiqu'injustes, l'ivresse d'une passion trompée ou irritée, la jalousie, cette furie domestique qui se nourrit de probabilités et d'alarmes, tout excuse, en quelque sorte, le mari coupable. Mais rien n'allume le sang d'un père contre son fils; la faiblesse, les pleurs de l'enfant, ses caresses, qui deviennent ses seules armes, le nom de père répété d'une voix plus tendre et plus émue, tout se réunit pour l'attendrir. Le mari furieux peut n'être que malheureux; le père cruel est toujours coupable ».

M. l'avocat général a ensuite discuté chacun des faits articulés par Marguerite Caillot; et après en avoir démontré la gravité, après avoir établi qu'ils suffisaient pour autoriser la réclamation de celle-ci, il a ajouté qu'à la vérité, elle n'en rapportait aucun commencement de preuve par écrit, mais qu'exiger une preuve écrite en pareil cas, c'était demander l'impossible; qu'au surplus, il était ridicule d'argumenter de leur atrocité, pour soutenir que la preuve en était inadmissible; que refuser la preuve de faits qui ne sont invraisemblables que parcequ'ils sont atroces, ce serait autoriser l'excès de la barbarie la plus tyrannique, et vouloir que l'invraisemblance devînt la source et le motif de l'impunité.

En conséquence, arrêt du 12 mai 1779, qui ordonne, conformément aux conclusions de M. l'avocat général, que Marguerite Caillot fera preuve des faits articulés par elle; et ayant égard à sa demande en provision, condamne son père à lui garnir la main de 100 livres, à la charge par elle de se retirer, pendant le procès, dans la maison de la Providence de Marseille.

Dufail, liv. 2, chap. 93, nous retrace un arrêt du parlement de Bretagne, rendu sur une contestation semblable, le 26 avril 1559.

Jeanne Lanté avait été battue par son père à l'occasion du nommé Daniel. Sur les plaintes qu'elle porta en justice, le juge des lieux l'admit à en faire preuve; et la preuve faite, l'autorisa à se séquester. Appel de la part du père, et arrêt, en conséquence, qui mit les parties hors de cour, ordonna néanmoins que la fille serait tenue de rentrer dans la maison paternelle, moyennant la caution d'y être bien traitée, et fit défense au père de ne plus sévir sur elle de cette manière, à peine de 500 livres d'amende et de prison.

Graverol, sur la Roche-Flavin, liv. 3, tit. 5, au mot *Serviteur*, après avoir remarqué que les maîtres ne doivent pas battre leurs domestiques, ajoute :

« Quoique les enfans soient sous la puissance de leur père, ils peuvent s'en tirer quand ils en sont extrêmement maltraités, surtout quand c'est à cause d'une marâtre que leur père leur a donnée par un second mariage. C'est précisément l'espèce d'un arrêt d'audience, donné à la grand'chambre du parlement de Toulouse, le dernier janvier 1675, contre le nommé Rége, procureur des gabelles, aux enfans duquel, âgés d'environ vingt ans, il fut permis de se séparer de lui, et de se mettre entre les mains d'un oncle paternel; leur père fut condamné à leur fournir annuellement à chacun 100 livres de pension pour leur nourriture. »

« Cet arrêt est d'autant plus singulier, qu'il n'eut pour motif que les mauvais traitemens que ses enfans soutenaient qu'ils souffraient de leur marâtre, sans les justifier autrement que par ce qu'en dit leur oncle, qui était présent à l'audience ».

Brillon, au mot *Débauche*, nous présente ainsi l'espèce d'un arrêt du parlement de Paris, du 25 mai 1680 :

« Un père avait fait enfermer son fils dans les prisons de Conflans-Sainte-Honorine, par forme de correction; ce fils, après y avoir

demeuré quelque temps, s'échappe enfin; mais, ayant été arrêté de nouveau, il donne sa requête à la cour, qui ordonne que le père sera tenu d'expliquer les raisons de ce nouvel emprisonnement, par-devant le lieutenant-général de Pontoise. Le père s'oppose à l'exécution de cet arrêt. Le fils, après l'expiration du délai, revient à la cour, où il obtient sa liberté, sur l'intervention de sa famille, et entre autres du sieur Charton, pénitencier de l'église de Paris, son oncle.

« M. Talon, avocat général, dit que les pères qui exercent leur bonté envers leurs enfans, sont alors juges souverains; mais que, quand ils exercent leur justice, et qu'ils châtient leurs enfans, leur pouvoir est soumis aux juges, qui doivent juger leurs jugemens, *judicia vestra judicabo;* que tout ce qu'on peut faire en faveur des pères, c'est de n'écouter qu'avec circonspection les plaintes des enfans; que, dans l'espèce particulière, le témoignage de la famille, et le refus que faisait le père de s'expliquer, justifiaient assez que son chagrin, et peut-être celui de sa seconde femme, étaient l'unique cause de l'emprisonnement de son fils ».

Tous ces arrêts ont été rendus, comme on le voit, dans des espèces où les pères tyrannisaient leurs enfans, au lieu de les corriger. Dans le cas contraire, c'est-à-dire, lorsqu'un fils mérite quelque châtiment, et que le père le lui inflige avec la modération convenable, la justice n'a rien à y dire.

Un arrêt du parlement de Provence, du 15 octobre 1644, rapporté par Boniface, tome 5, liv. 5, tit. 3, chap. 1, a jugé qu'un père peut, de son autorité privée, faire emprisonner son fils désobéissant.

Les lois du pays de Liége ont là-dessus des dispositions qui méritent d'être connues. Un auteur moderne nous en présente la substance dans les termes suivans :

« Les parens peuvent corriger et battre leurs enfans, sans qu'ils soient tenus d'aucune amende en justice, sinon pour cas de blessure. *Art.* 27, §. 26, *de la paix de Saint-Jacques.*

» Ils peuvent les renfermer dans une chambre pour un petit temps, mais ils ne peuvent les faire emprisonner (surtout hors du pays) sans le décret de l'official de Liége, ou du juge ordinaire, qu'ils devront obtenir et montrer au geolier dans le tiers jour de l'emprisonnement. *Art.* 6 et 7 du mandement de 1748 (1) ».

[[II. La loi du 24 août 1790 contenait, sur le droit de correction paternelle, les dispositions suivantes :

« Tit. 10, art. 15. Si un père ou une mère, ou un aïeul, ou un tuteur, a des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant ou d'un pupille dont on ne puisse plus réprimer les écarts, il pourra porter sa plainte au tribunal domestique de la famille, assemblée au nombre de huit parens les plus proches, ou de six au moins, s'il n'est pas possible d'en réunir un plus grand nombre; et, à défaut de parens, il y sera suppléé par des amis ou voisins.

» 16. Le tribunal de famille, après avoir vérifié les sujets de plaintes, pourra arrêter que l'enfant, s'il est âgé de moins de 21 ans accomplis, sera renfermé pendant un temps qui ne pourra excéder celui d'une année, dans les cas les plus graves.

» 17. L'arrêté de famille ne pourra être exécuté qu'après avoir été présenté au président du tribunal du district, qui en ordonnera ou refusera l'exécution, ou en tempérera les dispositions, après avoir entendu le commissaire du roi chargé de vérifier, sans forme judiciaire, les motifs qui auront déterminé la famille ».

Ces dispositions sont perfectionnées par le Code civil. Voici ses termes :

« Art. 375. Le père qui aura des sujets de mécontentement très-graves sur la conduite d'un enfant, aura les moyens de correction suivans.

» 376. Si l'enfant est âgé de moins de seize ans commencés, le père pourra le faire détenir pendant un temps qui ne pourra excéder un mois; et, à cet effet, le président du tribunal d'arrondissement devra, sur sa demande, délivrer l'ordre d'arrestation.

» 377. Depuis l'âge de seize ans commencés jusqu'à la majorité ou l'émancipation, le père pourra seulement requérir la détention de son enfant pendant six mois au plus; il s'adressera au président dudit tribunal, qui, après en avoir conféré avec le procureur du gouvernement, délivrera l'ordre d'arrestation ou le refusera, et pourra, dans le premier cas, abréger le temps de la détention requis par le père.

» 378. Il n'y aura, dans l'un et l'autre cas, aucune écriture ni formalité judiciaire, si ce n'est l'ordre même d'arrestation, dans lequel les motifs n'en seront pas énoncés.

» Le père sera seulement tenu de souscrire une soumission de payer tous les frais, et de fournir les alimens convenables.

(1) *Instituts de droit pour le pays de Liége*, par Sohet.

» 379. Le père est toujours maître d'abréger la durée de la détention par lui ordonnée ou requise. Si, après sa sortie, l'enfant tombe dans de nouveaux écarts, la détention pourra être de nouveau ordonnée de la manière prescrite aux articles précédens.

» 380. Si le père est remarié, il sera tenu, pour faire détenir son enfant du premier lit, lors même qu'il serait âgé de moins de seize ans, de se conformer à l'art. 377.

» L'enfant détenu pourra adresser un mémoire au procureur général en la cour d'appel; celui-ci se fera rendre compte par le procureur du gouvernement au tribunal de première instance, et fera son rapport au président de la cour d'appel, qui, après en avoir donné avis au père, et après avoir recueilli tous les renseignemens, pourra révoquer ou modifier l'ordre délivré par le président du tribunal de première instance »]].

III. Lorsque le châtiment mérité par le fils excède les bornes d'une simple correction, le père ne peut pas le décerner lui-même; c'est au juge à le prononcer. La loi 3, C. *de Patriâ potestate*, contient là-dessus une disposition remarquable : Si votre fils (porte-t-elle) n'a point pour vous les égards qu'il vous doit, rien ne vous empêche de le châtier; la Puissance que vous avez sur lui, vous en donne le droit : *Si pietatem patri debitam non agnoscit (filius tuus), castigare jure patriæ Potestatis non prohiberis.* S'il persévère dans ses mauvais procédés, vous userez de remèdes plus sévères; vous le déférerez au juge, qui sera tenu de prononcer la sentence que vous lui dicterez : *Acriore remedio usurus, si in pari contumaciâ perseveraverit, eumque præsidi provinciæ oblaturus, dicturo sententiam quam tu quoque dici volueris.*

La disposition de cette loi n'est pas exactement observée dans nos mœurs. On a vu des enfans que leurs pères avaient une fois livrés à la justice, punis plus sévèrement que leurs accusateurs ne le demandaient.

Basset, tome 2, liv. 4, tit. 12, chap. 6, fait mention d'une sentence rendue par un père lui-même, de l'avis de sa famille, contre un fils qui avait attenté à sa vie et à celle de sa mère. Il le déclara, dit cet auteur, indigne de sa succession, et le condamna aux galères pour vingt ans. M. le procureur général du parlement de Grenoble appela *à minimâ* de cette sentence; et par arrêt du 19 septembre 1609, le fils fut condamné aux galères perpétuelles.

Basset ajoute que, quand les pères veulent rétracter les plaintes qu'ils ont rendues contre leurs enfans, on n'y a point d'égard; et il cite un autre arrêt rendu, en novembre 1622, par lequel le parlement de Grenoble, sans s'arrêter à la rétractation du père, passa outre au jugement du procès, et condamna le fils aux galères perpétuelles.

On trouve, dans le Recueil de Soefve, un arrêt du parlement de Paris, du 3 avril 1643, qui juge à peu près la même chose. Un fils était accusé par le ministère public, de mauvais traitemens envers son père : le juge de Mortagne l'avait condamné à des peines assez graves. Sur l'appel, le père intervint, soutint qu'une accusation de cette nature n'était recevable que de sa bouche; qu'il n'avait aucun sujet de plainte contre son fils; qu'en tout cas, il lui pardonnait. Par l'arrêt cité, la cour déclara la procédure nulle; et néanmoins, vu les charges qui en résultaient, ordonna au fils de comparoir à la chambre du conseil sur les lieux, et là, étant à genoux, demander pardon à son père de l'action qu'il avait commise; lui fit défense de récidiver, sous peine de la vie; et le condamna à une amende applicable au pain des prisonniers.

On connaît deux arrêts semblables, pour le cas où c'est une mère qui a été maltraitée.

Le premier a été rendu au parlement de Toulouse, le 23 décembre 1577 : il condamne un fils, pour avoir battu et injurié sa mère, à faire amende honorable en chemise, tête et pieds nus, la corde au cou, à être fouetté par les carrefours de la ville, et à six ans de galères. La Roche-Flavin, qui rapporte cet arrêt, *liv.* 2, *tit.* 5, §. 6, ajoute que le fils eût été condamné à mort, si sa mère n'eût demandé sa grâce, et déclaré qu'elle le déchargeait autant qu'il était en son pouvoir.

Le second arrêt nous est retracé en ces termes par Serpillon, dans son *Code criminel*, page 151 : « Un enfant qui ose lever la main » sur son père ou sa mère, est condamné à » une peine corporelle et à une amende hono» rable : c'est ce qui a été jugé, sur ma pro» cédure, par un arrêt nouveau du parlement » de Dijon, que je ne date pas par ménage» ment pour la famille : c'était un fils de » capitaine d'infanterie, qui avait battu plu» sieurs fois sa mère; malgré le pardon qu'elle » demanda pour lui, il fut condamné à l'a» mende honorable à la porte de l'église de » Notre-Dame de Dijon, et envoyé aux galères » pour neuf ans ».

Il y a même apparence, malgré la loi 3, C. *de patriâ Potestate*, que cette jurisprudence a été quelque temps en vigueur chez les Romains. On trouve dans l'ouvrage déjà cité de Terrasson, page 57, une loi du Code Papyrien,

qui porte : « Si un fils a battu son père, il sera » dévoué aux dieux infernaux, quoique, dans » la suite, il ait demandé pardon à son père ».

[[*V.* l'art. 312 du Code pénal de 1810.]]

IV. C'est sans doute un spectacle attendrissant pour un juge, qu'un père prosterné à ses pieds, pour obtenir la grâce d'un fils rebelle et dénaturé.

Mais quelquefois ce spectacle est remplacé par celui d'un père accusateur de son propre sang : triste ministère, sans doute! On ne peut voir, sans en être profondément touché, un père livrer son fils à la sévérité des lois et au mépris de la société. Cependant gardons-nous de croire, avec quelques novateurs, qu'il soit défendu au juge d'admettre une action de ce genre.

« Quelques voix (disait en 1785, M. Duveyrier, avocat au parlement de Paris, en plaidant contre une femme débauchée que son propre père avait dénoncée à la justice), quelques voix, en petit nombre à la vérité, ont répété autour de moi cet étrange système.

» En l'écoutant, je n'ai éprouvé qu'une profonde douleur.

» Peut-on, sans s'affliger, considérer quel intervalle immense nous sépare de ceux qui nous ont transmis nos lois, de ceux même dont nous avons reçu nos usages et nos mœurs? Par quelle pente insensible nous avons glissé de la rudesse à la franchise, de la franchise à la liberté, de la liberté à la licence? Par quels degrés d'affaiblissement nous avons substitué à cette énergie de l'âme, à cette force de la véritable vertu, dont notre histoire nous fournit tant d'exemples, une sensibilité factice qui s'effraie du moindre effort, et qui cède à la plus légère atteinte; non pas cette sensibilité douce, inséparable de l'humanité, qui plaint le criminel en punissant le crime, mais cette flexibilité de caractère, cette mollesse de cœur, cette délicatesse d'organes, qui nous fait pardonner si facilement les fautes dont nous nous connaissons coupables, qui nous fait acheter par notre indulgence l'indulgence des autres, et que nous nommons sensibilité, pour légitimer notre faiblesse, et l'ennoblir même s'il était possible?

» Je ne regrette pas la sévérité romaine, et le droit de vie et de mort que les lois donnaient aux pères sur leurs enfans; je sais que la forme de notre gouvernement, nos coutumes, nos usages, la nécessité d'une liberté individuelle dans un pays libre, ont dû nécessairement relâcher les chaînes domestiques, et affaiblir le pouvoir d'un seul sur plusieurs. Mais je voudrais qu'on fût persuadé que tous les extrêmes sont dangereux; que, si nos lois ont changé nos mœurs, il faut craindre que nos mœurs, à leur tour, ne changent nos lois; que ces deux maîtresses de toutes les nations du monde ont une influence réciproque; qu'elles s'affermissent, qu'elles se soutiennent, qu'elles se détruisent mutuellement; que les lois les plus soumises à cette influence des mœurs, sont celles que la nature a gravées dans nos cœurs pour combattre ou diriger nos affections. L'empreinte s'efface à mesure que les cœurs se flétrissent. Les lois deviennent esclaves des affections qu'elles ne peuvent plus contraindre. La dernière trace disparaîtra, lorsque de faiblesse en faiblesse, nous aurons franchi tous les intervalles, et que nous serons enfin parvenus à croire que la nature varie ses préceptes suivant les temps, suivant les lieux; qu'elle s'accommode aux mœurs, aux usages, aux inclinations, jusqu'au point de défendre ici ce qu'elle ordonnait sur les bords du Tibre; et que la vertu des Romains, en un mot, n'est plus, relativement à nous, qu'une barbarie.

» Dans les derniers temps de la république, au moment où la discorde introduisait la dépravation, Aulus Fulvius déserte Rome pour suivre Catilina : son père le rappelle : ce citoyen, rebelle à sa patrie, est encore fils respectueux : il obéit, et vient subir le jugement de mort prononcé par son père.

» Nos aïeux admiraient cet exemple d'une vertu sublime. Nous le croyons sévère. Nos petits-fils le trouveront barbare. Vous voyez que nous commençons à nous étonner qu'un père exerce le droit que la loi lui donne, de venger son honneur trahi, son autorité méprisée. Nous finirons par lui refuser ce droit; de l'impossibilité de punir les enfans, naîtra le mépris des pères, l'insubordination, la révolte. Et au milieu de cette anarchie universelle, quelle ressource pourra-t-il rester à la loi, lorsque la sévérité du châtiment sera devenue l'excuse de l'impunité?

» C'était pour affermir ce devoir de toutes les nations, ce lien de toutes les sociétés, le respect des enfans envers leurs pères, que M. d'Aguesseau déployait ici toute la force de son éloquence. C'est lui qui vous disait que les familles seraient plus heureuses, les fortunes plus assurées, les mariages plus exempts des sacriléges qui les déshonorent, si les jurisconsultes de ces derniers temps avaient été aussi sévères dans leurs maximes, aussi jaloux de la juste autorité des pères, que les jurisconsultes romains.

» Je pense avec plaisir que tous ceux qui m'environnent, amis de l'ordre, et des lois qui le maintiennent, désirent qu'un grand exemple s'élève au milieu du relâchement universel; et je me trouve heureux d'être, en ce moment, l'organe du vœu public.

» Prouvons donc que la sagesse des mœurs, l'honnêteté publique, le respect filial ne sont pas des mots inutiles; que ces vertus marchent encore à côté des lois; qu'un père a le droit d'appeler toutes les vengeances de la justice sur une fille aveugle, qui a comblé son déshonneur par l'oubli de tous ses devoirs d'épouse, de fille et de mère; que, dans ce cas, bien loin d'accuser le père, il faut le plaindre; que le courroux paternel suppose toujours la gravité de l'offense; et qu'il est enfin impossible de pardonner, lorsqu'un père ne pardonne pas ».

§. II. *Le père est-il responsable des délits et des fautes des enfans qu'il a sous sa Puissance?*

I. Dans l'ancien droit romain, lorsque le fils de famille était assimilé aux esclaves, les délits qu'il commettait, donnaient ouverture à *l'action noxale*, c'est-à-dire, obligeaient son père d'en supporter les dommages-intérêts, ou de le livrer lui-même à la partie offensée, qui pouvait en faire un esclave.

Mais cette jurisprudence a disparu avec les idées atroces que les premiers Romains s'étaient faites de la Puissance paternelle. Ecoutons l'empereur Justinien dans ses Institutes, titre *de noxalibus actionibus*, §. 7 : « Les » anciens avaient admis cette action à l'égard » des fils de famille mâles et femelles; mais » des mœurs plus policées nous ont fait re» jeter cette barbarie, et l'ont réduite à une » désuétude générale. Est-il en effet tolérable qu'un père abandonne ainsi ses enfans » à un étranger, lui qui, par sa tendresse, est » sujet à souffrir dans son fils plus que son » fils même? Et en fallait-il davantage pour » détruire un droit aussi odieux, que les risques auxquels l'honneur des filles se trouvait exposé par ce délaissement? On a donc » borné les actions noxales au cas de délits » commis par les esclaves; et l'on y a été » d'autant plus fondé, que les anciens interprètes des lois ont toujours enseigné que » les fils de famille pouvaient être poursuivis » personnellement pour les délits dont ils » se trouvaient coupables ».

Ce texte semble insinuer que le fils de famille est seul responsable de ses délits, et que le père, depuis qu'on lui a ôté l'alternative dans laquelle le plaçait l'action noxale, ne doit plus en répondre civilement.

C'est effectivement ce que décident les lois 33, 34 et 35, D, *de noxalibus actionibus* : Si le délinquant qui est en Puissance d'autrui (portent-elles) est un homme libre, on doit indistinctement lui laisser le soin de se défendre lui-même : *Quòd si liber est, qui in Potestate sit, indistinctè ipsi sui defensio danda est.* Car, toutes les fois que personne ne défend le fils de famille, c'est contre lui-même que l'action en dommages-intérêts doit être dirigée : *Quoties enim nemo filium familiâs ex causâ delicti defendit, in eum judicium datur.* Et, s'il vient à être condamné, il faudra qu'il satisfasse au jugement; car la condamnation est valablement portée : *Et si condemnatus fuerit filius, judicatum facere debet; tenet enim condemnatio.* Il y a même plus; car le jugement pourra être exécuté contre le père, mais seulement jusqu'à concurrence du pécule : *Quin imò etiam illud dicendum est patrem quoque, post condemnationem filii, duntaxat de peculio, posse conveniri.*

La loi 1, §. 7, D. *de his qui effuderint*, confirme bien clairement le principe qu'un père ne doit pas répondre, même civilement, des quasi-délits de l'enfant qu'il a sous sa puissance; mais elle le fait d'une manière qui demande quelque explication. Si un fils de famille (ce sont ces termes) prend un appartement à louage, et qu'on en jette ou répande quelque chose qui occasionne du dommage dans la rue, *si filius familiâs cœnaculum conductum habuit, et indè dejectum vel effusum quid sit*, celui qui aura souffert ce dommage, ne pourra pas intenter contre le père l'action *de peculio*, parceque cette action n'a lieu que pour les contrats faits par le fils : *de peculio in patrem non datur actio, quia non ex contractu venit;* ce ne sera donc que contre le fils même qu'il pourra agir; *in ipsum itaque filium hæc actio competit.*

Ce que dit cette loi, relativement au pécule, paraît, au premier abord, contraire aux dispositions des lois 33, 34 et 35, D. *do noxalibus actionibus*. Mais on va voir qu'il n'y a, entre l'une et les autres, aucune espèce d'opposition.

C'était une règle de droit à Rome qu'on ne donnait pas d'action péculiaire contre le père, lorsqu'il s'agissait des délits commis par l'enfant qu'il avait sous sa Puissance : *Ex pœnalibus causis non solet in patrem de peculio actio dari*, dit la loi 58, D. *de regulis juris*. Mais cette règle n'empêchait pas qu'après

avoir fait condamner le fils délinquant, on n'intentât contre le père l'action appelée *judicati*, jusqu'à concurrence du pécule, parceque cette action n'était pas fondée sur le délit, mais sur le jugement, et que tout jugement est une espèce de contrat, suivant le principe *in judicio contrahimus*. C'est la disposition de la loi 3, §. 11, D. *de peculio*, et de la loi 57, D. *de judiciis*.

Ainsi, le sens de la loi 1, §. 7, D. *de his qui effuderint*, n'est pas que le père soit exempt de sacrifier tout le pécule de son fils à la réparation des dommages que celui-ci a causés; mais qu'on ne doit pas s'adresser directement à lui; qu'on doit commencer par faire condamner le fils, et que ce n'est qu'après cela qu'on peut se pourvoir *péculiairement* contre le père.

II. Du reste, pour en venir à nos usages, tous ces textes se réunissent évidemment dans un point essentiel, savoir, que le père n'est sujet, pour les délits de son fils, qu'à l'action péculiaire; et de là résulte nécessairement la conséquence qu'il n'est tenu à rien, lorsque cette action manque; qu'ainsi, hors les cas où elle a lieu, un père ne peut, même parmi nous, être soumis à la réparation civile des délits de ses enfans.

C'est la disposition expresse des coutumes de Berri, tit. 1, art. 12; de Bourbonnais, art. 169; de Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 32; de Gand, rubr. 21, art. 9; d'Audenarde, rubr. 17, art. 10; d'Assenède, rubr. 14, art. 8; de Bouchante, rubr. 18, art. 8; de Lorraine, tit. 1, art. 24.

C'est aussi ce qu'ont jugé plusieurs arrêts.

Le président Favre, dans son Code, liv. 4, tit. 9, en rapporte un, rendu au sénat de Chambéry, en avril 1593.

Auzanet, dans son recueil d'arrêts, liv. 1, chap. 43, nous en fournit un semblable, du parlement de Paris, en date du 30 décembre 1611.

La même chose a été jugée par un autre arrêt cité sans date dans la *Bibliothèque* de Bouchel, au mot *Père* : « Un jeune enfant » (dit-il) condamné à une amende ou réparation, pour laquelle il était poursuivi, de » père fut interrogé par M. le président de » Verdun : il fit réponse qu'il ne voulait » point porter la faute de son fils. M. le président lui dit, *vous êtes un mauvais père;* » et néanmoins il fut absous ».

Autre arrêt rapporté au même endroit. Un enfant avait injurié le nommé Michel Chapeau : celui-ci en rendit plainte; et voulant avoir un légitime contradicteur, fit appeler le père pour nommer un curateur à son fils dans huitaine, sinon demeurer lui-même en cause pour le défendre. Le juge d'Aubenton l'ordonna ainsi. Le père, mécontent de cette sentence, en interjeta appel; et les avocats des parties ayant déduit leurs moyens respectifs, M. Faye, avocat général, dit « qu'il » suffisait que le père fût tourmenté de voir » son fils poursuivi en justice, sans le faire » assister ni être spectateur de l'infamie de » son fils. Par arrêt du 22 décembre 1587, » la cour a absous le père, sauf à Chappeau » à se pourvoir contre le fils, sans dépens ».

M. l'avocat général Talon assure, dans un plaidoyer du 24 janvier 1651, rapporté au Journal des audiences, qu'un arrêt de 1633 a déchargé un père des dommages-intérêts prétendus contre lui, par une personne à qui son fils avait crevé les yeux; « et aussi (ajoute-t-» il) toutes les fois que ces causes se sont » présentées à la tournelle, où nous avons » porté la parole, il y a eu semblable arrêt ».

Nous lisons dans le recueil de La Roche-Flavin, liv. 2, tit. 6, n° 1, qu'il a été jugé de même au parlement de Toulouse, par arrêt du 9 avril 1596, en faveur du nommé Valette, dont le fils était détenu en prison pour vol.

Boniface, tome 1, liv. 8, tit. 15, nous a conservé deux arrêts du parlement de Provence qui ajoutent un nouveau degré d'autorité à cette jurisprudence.

Le premier a été rendu à la grand'chambre, le 26 novembre 1654, dans des circonstances qui paraissaient désavantageuses au père: « Carluec, marchand d'Aix, étant sorti de sa maison avec sa femme, sur les dix heures du soir, laissa dans sa boutique Imbert de Sallon, son apprenti, âgé de quinze ans, pour garder la boutique et l'attendre, et lui laissa de la bougie allumée, et après ferma la porte à la clef. L'apprenti s'étant endormi après avoir mis la bougie sur un coffre, le coffre s'embrâsa et toute la marchandise qui était dedans; ce que les voisins ayant remarqué par la fumée qui sortait, enfoncèrent la porte, et empêchèrent un plus grand embrâsement...

» Carluec mit en instance, tant le père de l'apprenti que l'apprenti, pour les faire condamner solidairement à des dommages et intérêts, sur le fondement que l'un et l'autre étaient tenus, tant par la loi *Aquilia*, que par l'action *locati*, puisque, *par l'acte d'apprentissage, le père même s'était rendu responsable pour son fils*.

» Au contraire, on disait pour le père, qu'il n'avait donné son fils que pour être employé aux actes licites et honnêtes de mar-

chand; qu'il n'avait répondu que de sa fidélité et probité; et qu'au contraire, Carluec l'ayant employé à d'autres occupations qu'à celle de marchand, savoir, à veiller toute la nuit, il ne pouvait pas être responsable de l'accident arrivé pendant cette occupation; d'ailleurs, que c'était Carluec qui avait lui-même commis l'imprudence d'avoir laissé à ce garçon une bougie allumée, au lieu de l'avoir fait coucher; et qu'enfin ce garçon n'était âgé que de quinze ans ».

Par l'arrêt cité, la sentence qui avait mis le père hors de cour, fut confirmée.

Le second est du 21 juin 1664; il a été rendu à la tournelle, et il a jugé que « le fils de Tra» verseri d'Aix, ayant été tué à coup de » fronde dans l'assemblée qui se fait tous » les étés pour ce sujet aux environs de la » ville, entre les jeunes gens d'un quartier » et ceux de l'autre, et son père ayant ob» tenu, par défaut, des condamnations pé» cuniaires contre Granier, fils de famille, » âgé de trente ans, on ne pouvait rendre » le père de ce Granier responsable du prix » desdites condamnations ».

C'est sur le même principe qu'est fondé un arrêt du parlement de Grenoble, que Brillon rapporte en ces termes, d'après Chorier :

« Quoique le père ne puisse régulièrement se dispenser d'entretenir ses enfans, il n'est point obligé de payer, pour les tirer de prison, les amendes et les dommages et intérêts auxquels ils ont été condamnés pour cause procédant de crime.

» Arrêt du parlement de Grenoble, *du 12 juin 1687, pour le sieur de Montagu*, contre son fils, qui s'était constitué prisonnier pour l'entérinement des lettres de grâce par lui obtenues ».

Nous pouvons ajouter ici un arrêt du parlement de Flandre, du 9 janvier 1706, rapporté dans le *recueil de consultations* de Waymel du Parc, page. 44. Il s'agissait de savoir si un père était tenu, non-seulement de nourrir l'enfant provenu des débauches de son fils, mais encore de payer les frais de couches de la fille que celui-ci avait corrompue. Les échevins de Lille avaient, par sentence du 23 décembre 1704, prononcé l'affirmative sur l'un et l'autre points. Mais sur l'appel, arrêt est intervenu, par lequel « la cour a mis et met l'appellation et sen» tence dont a été appel au néant; émendant, » a déclaré et déclare l'intimée non-receva» ble en sa prétention des frais de couches, or» donne audit C.... de lui payer par provision » et à caution soixante florins, pour la nour» riture et entretien de l'enfant pendant » un an..... ».

On pénètre aisément les motifs de la différence que cet arrêt met entre les frais de couches de la mère, et les alimens de l'enfant. Le père est tenu naturellement, à défaut de son fils, de fournir à la nourriture et à l'entretien de ses petits-enfans, soit légitimes, soit bâtards (1), parcequ'il suffit qu'ils descendent de lui d'une manière quelconque, pour avoir droit à sa tendresse et à ses soins. Mais payer les frais de couches de la personne débauchée par son fils, ce ne serait pas acquitter un devoir de la nature, ce serait supporter dans toute l'étendue de ce terme, les dommages-intérêts d'un délit auquel il n'a eu aucune part.

Aussi lisons-nous dans le recueil de Christin, tome 3, décis. 17, que le grand conseil de Malines a, sur le même fondement, déchargé un père de l'action en dommages-intérêts formée contre lui par une fille que son fils avait rendue enceinte.

La jurisprudence du parlement de Paris a également consacré ce principe. Il y en a un arrêt au *Journal des audiences*, tome 5, liv. 5, chap. 33, qui a jugé « que le père ne » devait point d'alimens à la fille que son fils » avait débauchée ». Nous en trouvons deux autres du même parlement, dans les notes de Brodeau, sur Louet, lettre D, §. 20, n° 1.

Le parlement de Toulouse en a aussi rendu plusieurs, qu'on trouve dans les *Institutions au droit français* de Serres, liv. 4, tit. 1, §. 18, ainsi que dans le *Journal du palais de Toulouse*, tome 1, chap. 185, et tome 4, chap. 114 et 294.

Il y en a également un du parlement de Provence, dans les *œuvres* de Duperier, tome 2, page 420, au mot *Alimens*.

Le parlement de Bordeaux s'est pareillement conformé à cette jurisprudence.

On voit dans le recueil de La Peyrère, lettre B, n° 27, qu'il a rendu, le 16 novembre 1661, un arrêt qui *décharge le sieur Malescat de fournir alimens à une femme qui accusait son fils de l'avoir rendue enceinte de ses œuvres.*

La même cour a encore rendu plusieurs arrêts semblables depuis cette époque. Il y en a un, entre autres, qui a été prononcé à l'audience de la tournelle, le 13 février 1779, présidant M. d'Augeard, sur les conclusions de M. l'avocat général Saige, dans l'affaire entre le nommé Lespinasse et la nommée Fomarty.

(1) [[*V.* l'article *Alimens*, §. 1, art. 2, n° 12.]]

Cette fille avait accusé Lespinasse fils du crime de rapt. Elle avait fait son information devant le juge de Dissac, et avait obtenu contre ce particulier un décret d'ajournement personnel. Les choses en cet état, elle présente à ce même juge une requête par laquelle elle demande une provision. Appointement du 6 août 1777, qui lui en adjuge une de 84 livres, et la déclare exécutoire contre Lespinasse père. Appel de la part de celui-ci au sénéchal de Périgueux. Le sénéchal accorde des défenses contre l'exécution de l'appointement. Appel à la cour, de la part de la fille Fomarty. Arrêt qui met l'appelation au néant. C'était M. de Sèze qui plaidait pour Lespinasse père.

C'est donc un point très-constant de jurisprudence, que l'on ne peut pas, en matière de séduction, rendre le père responsable, même pécuniairement, des condamnations encourues par son fils.

Il y a, à la vérité, un arrêt du sénat de Chambéry, qui a jugé le contraire : mais Favre, qui le rapporte dans son Code, liv. 4, tit. 9, en blâme lui-même la décision ; et d'ailleurs il n'en parle que par ouï-dire et sans le dater.

III. Au reste, la maxime générale que nous venons d'exposer, admet plusieurs exceptions.

La première est lorsque le père prend lui-même la défense de son fils accusé, ou, ce qui est la même chose, l'autorise à ester en jugement pour se défendre. Il y en a un exemple dans le *Journal du palais*.

Michel Balton, envoyé en commission par son père, rencontre sur sa route Jean Thorel, jeune homme d'environ quinze ans ; celui-ci amasse un peloton de neige pour le jeter à un autre enfant ; mais, au lieu de frapper ce dernier, il frappe Michel Balton, et lui crève un œil.

Le père du blessé se plaint ; il suit l'affaire à l'extraordinaire.

Par la sentence, Jean Thorel et son père sont condamnés solidairement à six cents livres de dommages-intérêts, à payer les salaires du chirurgien, et aux dépens.

Le père en appelle au parlement de Metz, et la cause portée à l'audience, M. Le Laboureur, avocat général, après avoir employé plusieurs raisons assez faibles pour prouver que l'appelant était responsable du dommage causé par son fils, dit qu'il y avait dans le fait particulier une circonstance qui mettait l'affaire hors de toute difficulté. C'est, a-t-il ajouté, « que Thorel père a pris tant » en cause principale que d'appel, le fait » et cause de son fils ; ce moyen serait seul » suffisant pour établir la condamnation pro- » noncée contre lui par le premier juge, » suivant la disposition de la loi 34, D. *noxa- » libus actionibus*, qui dit que, toutes et » quantes fois qu'un fils de famille, pour un » délit qu'il a commis, n'est point défendu » par son père, le juge doit prononcer la con- » damnation contre le fils : ainsi, par la » raison des contraires, qui est toujours » très-forte en droit, lorsque le père défend » son fils, c'est contre le père qu'on doit » prononcer. Néanmoins comme Thorel père » se plaint de l'excès de la condamnation, » en ce qu'outre la somme de 600 livres à » laquelle le juge a liquidé les frais, salaires » et médicamens des chirurgiens, il le con- » damne encore aux dépens qui lui cause- » raient ensuite un nouveau procès, nous » estimons que le juge les a dû compren- » dre dans la condamnation de 600 livres, » ainsi qu'il se pratique ordinairement en » pareil cas ».

En conséquence, par arrêt du 11 septembre 1672, la cour a infirmé la sentence, et condamné l'appelant à payer à l'intimé une somme de 600 livres pour tous dommages-intérêts, y compris les médicamens des chirurgiens, et même les dépens de première instance et d'appel.

Le *Journal des audiences* nous a conservé un arrêt du parlement de Paris, du 5 mars 1661, qui paraît fondé sur le même principe. Deux écoliers avaient eu entre eux une légère rixe ; l'un, âgé de seize ans, avait blessé l'autre, et celui-ci en était mort dans les quarante jours. Son père en rendit plainte, et fit décréter l'auteur de la blessure. Le père de ce dernier appela de ce décret, et prit la défense de son fils. L'arrêt infirma la procédure, et condamna le père et le fils solidairement à 200 livres d'aumônes, à 800 livres de dommages-intérêts et aux dépens.

On peut appuyer ces décisions du principe qu'un mari est civilement responsable des condamnations prononcées en matière criminelle contre sa femme, lorsqu'il l'a autorisée, soit en intervenant dans le procès, soit autrement ; principe qui est établi par Lebrun, dans son *Traité de la communauté*, liv. 2, chap. 1, sect. 1, n° 32, et que Leprêtre, cent. 2, chap. 94, confirme par un arrêt de l'année 1610 (1).

(1) [[Ce prétendu principe est-il bien vrai ? *v.* l'article *Autorisation maritale*, §. 7 *bis*.]]

» Aussi voyons-nous Serpillon, dans son *Code criminel*, page 388, argumenter de là pour établir qu'un père est garant des condamnations portées contre son fils, lorsqu'il l'a défendu ou autorisé. Le passage dans lequel il s'explique de la sorte, est d'autant plus précieux, qu'il contient deux nouveaux arrêts sur ce point. En voici les termes:

« Quant au père qui autorise son fils, il est, comme le mari à l'égard de sa femme, garant des adjudications prononcées contre son fils, ainsi qu'il a été décidé par plusieurs arrêts, et entre autres, par un arrêt du parlement de Dijon.

» Cautarelle fils avait maltraité celui du sieur Moingeon, avocat à Arnay-le-Duc; le père Cautarelle avait autorisé son fils dans une plainte: on conclud contre ce père à ce qu'il fût déclaré responsable des adjudications qui seraient prononcées; les conclusions furent adjugées à Moingeon sans aucune restriction, par arrêt de 1752.

» Par un autre arrêt de la même cour, du 2 août 1754, la même chose fut décidée. Jean Guénot, fermier de Dracy-Saint-Loup, ayant été accusé, par le sieur Jean Bretin, fils majeur, procédant de l'autorité de son père, d'avoir altéré la minute d'un testament dans l'étude d'un notaire, je condamnai Bretin père, qui avait signé la plainte de son fils, à fournir aux frais de la procédure que j'instruisais incidemment contre les témoins décrétés de prise de corps, pour avoir entièrement rétracté leurs dépositions et récolemens, lors de la confrontation à Guénot. Le père Bretin appela de l'exécutoire que *j'avais décerné* contre lui; son fils appela aussi d'un jugement par lequel *j'avais admis le sieur* Guénot à la preuve de *ses faits justificatifs*. L'arrêt confirma le jugement et l'exécutoire, condamna le sieur Bretin fils à 4000 livres de dommages et intérêts, et aux dépens; de toutes lesquelles adjudications le sieur Bretin père fût déclaré garant ».

IV. La deuxième exception à la règle générale qui dispense un père de faire face aux condamnations prononcées contre son fils, pour cause de délits ou de quasi-délits, est relative au cas où le fils a causé quelque dommage à un tiers, en remplissant les fonctions ou travaux auxquels son père l'avait préposé: comme alors le père doit s'imputer d'avoir employé à son service une personne qu'il savait ou devait savoir ne pas posséder les qualités nécessaires pour s'en acquitter exactement, rien ne peut le soustraire à l'action de celui que son fils a offensé; et la chose est d'autant plus évidente à cet égard, qu'il en serait de même en pareil cas par rapport à un simple domestique. On peut voir là-dessus la loi dernière, D. *de custodiâ et exhibitione reorum;* la loi 27, §. 9, D. *ad legem Aquiliam;* la loi 12, D. *de publicanis;* le commencement et les §. 1 et dernier de la loi unique, D. *furti adversùs nautas*, et la loi dernière, D. *nautæ, caupones, stabularii*. *V.* aussi l'article *Incendie*, §. 2.

V. La troisième exception est lorsque le père connive aux délits de ses enfans, ne les empêche point, autant qu'il le peut, ou s'en rend en quelque sorte complice.

C'est ce qui a été jugé, selon Brillon, au mot *Père*, par un arrêt du parlement de Paris, du 31 août 1713, rendu à la grand'-chambre, au rapport de M. Mengui. Un meunier devait de l'argent au sieur de Morger, capitaine: à défaut de paiement de sa part, le fils de cet officier lui enleva furtivement une jument, et la fit mener chez son père, où elle resta jusqu'à son départ pour l'armée. Le meunier redemanda sa jument au père, qui, pour toute défense, soutint qu'il n'était pas tenu des faits de son fils. On lui répondit par ce texte du droit canonique: *nec caret scrupulo societatis occultæ, qui manifesto facinori desinit obviare* (*Can.* 3, *distinct.* 83). Par sentence des grands jours de Vendôme, le sieur de Morger fut condamné à restituer la jument, sinon à indemniser le meunier: il en interjeta appel: mais l'arrêt cité la confirma avec amende et dépens.

Legrand, sur la coutume de Troyes, art. 168, gl. 5, n° 26, dit que, par un autre arrêt du mois d'avril 1644, « M. le président » Le Coignoux tenant l'audience, un père, » en la présence duquel son fils, impubère, » sortant de l'église, ayant querelle, avait » baillé un coup de pied à un autre dont il » mourut quelques jours après, fut condamné » à 120 livres, pour tous dépens, dommages » et intérêts, le fils renvoyé absous ».

Serpillon, dans son *Code criminel*, page 764, étend plus loin encore l'exception dont il s'agit ici: « Un père, un maître et tous autres » supérieurs, qui, par leur autorité, auraient » pu contenir leurs inférieurs, qui, en leur » présence, ont commis un crime sans qu'ils » s'y soient opposés autant qu'ils auraient » pu, sont inexcusables, et par conséquent » *il leur faut des lettres de pardon* ».

VI. La quatrième exception est que, très-souvent, les ordonnances de police déclarent formellement que les pères et mères seront

responsables des infractions commises par leurs enfans aux réglemens qu'elles prescrivent.

Le président Boullier, chap. 33, n° 17, nous en fournit un exemple, et propose à ce sujet une question mixte qui peut se présenter fréquemment. Voici comment il s'explique :

« Par un réglement de police, fait en notre parlement (de Dijon), le 18 juillet 1638, il fut ordonné à toutes personnes de contenir leurs enfans et leurs serviteurs, en sorte qu'ils ne commissent aucun dégât dans les jardins et vergers, sous peine d'être responsables civilement en leurs propres et privés noms, des dommages et intérêts qui résulteraient de ces dégâts. Il y a encore d'autres réglemens pareils sur d'autres faits de police.

» Que, si de tels délits étaient commis hors du ressort du parlement, l'on n'estime pas que ces réglemens pussent y être applicables, à moins que ce ne fût dans les lieux où il y en eût de semblables; car la cour, en faisant les siens, n'a songé qu'à ce qui regardait la police qui est de son ressort. D'ailleurs, comme toute loi qui rend une personne responsable du délit d'une autre, est contraire au droit commun, la règle est d'en restreindre la disposition autant qu'il est possible, comme l'observent les jurisconsultes ».

VII. Il y a une cinquième exception, ou plutôt une dérogation presque générale aux lois romaines citées plus haut, dans l'art. 611 de la coutume de Bretagne; il porte : « Si » l'enfant fait tort à autrui, tant qu'il sera » au pouvoir de son père, le père doit payer » l'amende civile, parcequ'il doit châtier ses » enfans ».

Nous disons que cette dérogation est *presque générale;* car elle ne l'est pas tout-à-fait. Elle ne s'applique visiblement qu'au père qui a son fils sous *son pouvoir*, et qui peut le *châtier;* conséquemment il faut en excepter le cas où le fils, parvenu à cet âge où l'on verra ci-après qu'il peut se choisir un domicile, use du droit qu'il a de ne pas demeurer avec son père; et c'est précisément ce qui a été jugé par un arrêt du 4 février 1660, rapporté dans le recueil de Soefve, tome 2, chap. 32. Il s'agissait d'une demande en réparation civile d'un assassinat commis par un fils de famille : le père, contre qui elle était dirigée, soutenait que la disposition de la coutume n'avait aucun rapport à l'espèce dont il était question, parceque son fils était sorti de la maison paternelle dès l'âge de quinze ans, et qu'il en avait plus de trente-deux lors du crime qu'on lui imputait. Par l'arrêt, le père a été déchargé.

La coutume de Liége a aussi introduit dans son ressort une dérogation aux principes établis sur ce point par le droit commun. « Le père (dit-elle, chap. 1, art. 8) peut être » araisné civilement par la partie offensée » pour délit commis par son enfant non » émancipé, même pour cas d'homicidage, » et est tenu d'en payer l'amende profitable, » ses défenses sauves : voire que le père ne » peut être recherché pour amende ou intérêt au-delà de la tierce-part qui pourrait » compéter à l'enfant, si le lit eût été brisé » au temps du délit », c'est-à-dire si le père eût été veuf, et que ses biens eussent été dévolus à son fils. (*V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 2).

De Méan, *ad jus civile Leodiensium*, observ. 62, prouve très-bien que cette disposition ne doit s'entendre que de la réparation civile; et qu'elle ne donne aucune action à la partie publique contre le père. Il ajoute qu'elle doit être restreinte aux crimes ou délits commis dans le pays de Liége.

Quelques auteurs prétendent que tous les pays coutumiers doivent suivre, sur cette matière, la règle prescrite par l'article cité de la coutume de Bretagne; et l'on rapporte plusieurs arrêts qui ont ou qui paraissaient avoir adopté ce système. Les raisons sur lesquelles on le fonde, ne doivent pas être ignorées.

« Le but de toutes les lois (dit-on) est de défendre la vie, l'honneur et la fortune de chaque citoyen; de garantir le faible des atteintes du plus fort; de lui assurer un dédommagement proportionné à la gravité de l'injure, à l'énormité du préjudice qu'il a souffert.

» Souvent l'indigence de celui qui s'est rendu coupable d'un délit, ne laisse aucune ressource à celui qui en a été victime : le coupable échappera-t-il à la vengeance des lois? Non. Si le délit qu'il a commis, n'est pas de nature à lui mériter une peine afflictive, il l'expiera par la perte du plus précieux de tous les biens, celle de sa liberté. Détenu dans les fers jusqu'au moment où le délit aura été réparé, il apprendra à respecter les propriétés qu'il a osé violer.

» Mais ce n'était pas assez d'avoir accordé ce droit terrible à celui qu'on ne pouvait venger, sinon d'une manière plus éclatante, du moins plus utile pour lui; les législateurs ont porté leurs vues plus loin. Si l'auteur du délit est soumis à l'autorité de quelqu'un, ou

voulu que celui qui le tient dans sa dépendance, fût tenu des dommages-intérêts auxquels le délit a donné lieu. Ainsi, chez les Romains, l'action noxale était ouverte contre le maître dont l'esclave avait causé quelque dommage à un tiers.

» A plus forte raison un père est-il tenu des délits commis par ses enfans. Le fils est sous la Puissance de son père, jusqu'au moment où les lois lui permettent de disposer de sa personne et de ses biens. Cette autorité était sans bornes dans les premiers âges du monde; elle l'était encore dans les beaux jours de Rome. Quoique, dans nos usages, elle ne soit pas aussi étendue, que même elle le soit moins que dans plusieurs de nos provinces, le père n'est pas moins le tuteur naturel de son fils, l'administrateur de ses biens, il ne le tient pas moins sous sa Puissance jusqu'à l'instant réglé par les coutumes : jusque-là, nul par lui-même, il n'a, pour ainsi dire, qu'une existence précaire.

« Si donc il commet un délit durant cet âge de faiblesse et d'inexpérience, qui en répondra, si ce n'est celui à qui la loi l'a confié, qu'elle a chargé de le diriger dans tous les instans, dans toutes les actions de sa vie? Il en a contracté l'obligation en lui donnant le jour; il en a contracté une plus grande encore, une plus sacrée, celle d'ajouter au bienfait de la vie, le bienfait non moins précieux de l'éducation. S'il l'a fait, et s'il est vrai que les premières impressions soient ineffaçables, le fils, formé à la vertu, ne se dégradera point par des bassesses, par des crimes qui compromettent l'honneur, qui portent la désolation dans les familles.

» Mais si ce père n'a point rempli les devoirs qui lui étaient imposés; s'il n'a point veillé sur le dépôt que la loi lui avait confié; s'il a abandonné son fils à tous les piéges de l'erreur, à toutes les séductions du vice, il est le seul coupable; il est le premier auteur des délits que commet son fils, et, à ce titre seul, il est tenu de les réparer ».

Toutes ces raisons n'ont, comme on le voit, d'autre base que des idées arbitraires; et l'on pourrait, en les appliquant aux délits des femmes mariées, en tirer la conséquence, que les maris doivent en être garans; conséquence qui, étant en contradiction avec l'esprit général du droit coutumier, découvre, par cela seul, tout le vide du système que nous venons d'exposer.

On cite cependant plusieurs arrêts qui paraissent avoir été rendus d'après ce système.

Legrand, sur la coutume de Troyes, art. 168, gl. 5, n° 26, en remarque une de l'année 1568, « au sujet de quelques petits enfans » de la ville d'Etampes, qui, ayant vu brûler » un cochon, prirent l'un d'entre eux, le » lièrent et jetèrent sur le bûcher, auquel » ils mirent le feu, dont il fut aussitôt brûlé : » pour raison de quoi ayant été informé, les » enfans furent renvoyés absous de ladite » accusation, et les pères condamnés, par le » même arrêt, aux dommages-intérêts qui » furent arbitrés par la cour ».

Nous voyons, dans le recueil de Bardet, tome 1, liv. 2, chap. 46, qu'un arrêt du 9 juin 1625 a confirmé une sentence qui condamnait à 150 livres pour frais de médicamens, le père d'un enfant de onze ans et trois mois, qui avait crevé l'œil à un autre enfant de sept ans.

On lit dans le *Supplément du Journal des Audiences*, que, « par arrêt du mardi 7 décembre 1647, à l'audience de la grand'chambre, la cour, cassant la procédure criminelle faite tant contre un père que contre » ses enfans, pour raison de quelques violences commises sur la personne d'un autre » enfant du même âge, enjoignit néanmoins » au père de retenir ses enfans en leur devoir, » et les instruire, en sorte qu'ils ne commissent aucune faute, à peine d'en répondre » en son propre et privé nom ».

On prétend qu'un arrêt, rendu de nos jours, a été plus loin. Le sieur Herbin, jeune homme de dix-sept ans, et le sieur Dauvet, à peu près de son âge, avaient passé ensemble l'après-dîner. Un clou, jeté par le sieur Herbin au chien du sieur Dauvet, atteint ce dernier et lui crève l'œil. Son père se pourvoit en dommages-intérêts contre le sieur Herbin et contre le père de celui-ci comme civilement responsable de ses faits. Une sentence du bailliage de Reims, du 26 août 1777, met les parties hors de cour et compense les dépens. Mais sur l'appel, le parlement de Paris condamne le père et le fils solidairement à cent louis de dommages-intérêts et aux dépens.

Basnage a recueilli un arrêt du parlement de Normandie, qui a adopté le même principe, sans cependant en porter les effets à un point aussi rigoureux. Voici de quelle manière il s'explique :

« Deux enfans de la ville de Dieppe, âgés de huit et de neuf ans, jouaient ensemble; et l'un ayant poussé l'autre, il lui rompit le bras. Le père du blessé poursuivit le père de celui qui avait poussé son enfant, lequel nia que son fils eût poussé l'autre; on permit au de-

mandeur d'en faire la preuve, dont le défendeur ayant appelé, il soutenait que les enfans de huit et neuf ans ne pouvaient être reçus en témoignage; et, après tout, quand l'action serait constante, cet enfant ne pouvait en être puni, étant incapable de commettre un crime : à quoi l'on répondit pour l'intimé, qu'il n'était pas extraordinaire que des impubères portassent témoignage des choses qu'ils avaient pu comprendre, et qu'ils avaient vues; et que, quand un impubère ne pourrait être puni comme un criminel, ses parens étaient responsables des intérêts envers celui qui était offensé.

» Par arrêt du 27 novembre 1652, à la chambre de l'édit, le père de l'enfant qui avait blessé, fut condamné à payer les chirurgiens ».

Raviot, quest. 65, nous offre un arrêt à peu près semblable du parlement de Dijon :

« Le nommé Chenet, âgé de sept ans, ayant trouvé un petit garçon qui portait des pistolets, en prit un, et le déchargea sur une petite fille qui en fut tuée. Sur l'information faite en conséquence, il intervint à la mairie de Dijon une sentence qui civilisa la procédure, et ordonna que Chenet père serait mis en cause.

» Celui-ci en appela au parlement, et, par arrêt du 4 juillet 1688, il fut condamné aux dépens pour tous dommages-intérêts ».

Mais Raviot soutient que cette condamnation est injuste. « Il n'y avait (dit-il) aucune » faute de la part du père, ni aucune malice » de la part de l'enfant; c'était un coup mal- » heureux, un cas purement fortuit, dont il » n'était pas plus permis de faire résulter des » dommages-intérêts, que d'un coup de fou- » dre ».

Duperrier, tome 2, arrêt 21, rapporte un arrêt du parlement d'Aix, de 1585, qui doit encore trouver ici sa place. Voici les termes de l'auteur :

« Le père du nommé de Rodes fut condamné aux dommages-intérêts de la partie civile, qui était une femme, laquelle, se promenant le long des remparts de Marseille, avait été blessée à l'œil par le fils dudit de Rodes, encore pupille, d'un coup de pierre, sans dol et sans malice, duquel coup elle avait perdu l'œil et s'était avortée.

» Par ledit arrêt, le père fut condamné à payer 600 livres à la querellante, parceque les pères sont obligés de contenir leurs enfans, et leur négligence les rend responsables civilement des fautes de leurs enfans ».

Ces trois derniers arrêts et quelques-uns de ceux que nous avons rapportés du parlement de Paris, avaient pour objets des délits commis par des enfans impubères; et certains auteurs font valoir cette circonstance, pour les concilier avec les décisions multipliées dont nous avons rendu compte précédemment, et qui ont déchargé les pères des dommages-intérêts dus par leurs enfans. Bouchel, dans sa *Bibliothèque civile*, au mot *Père*, demande *an pater pro filio teneatur*. Et il répond par une distinction. Si l'enfant, dit-il, est au-dessous de douze ans, le père en est tenu, parcequ'il en avait la conduite : mais si l'enfant a atteint, ou est près d'atteindre l'âge de puberté, s'il est ce qu'on appelle en droit *pubes aut pubertati proximus*, le père n'en doit pas répondre. C'est la distinction que M. l'avocat général Brisson *apporta dans une cause ainsi jugée en 1574, et depuis par plusieurs autres arrêts.*

C'est encore, comme on le voit, l'esprit de système qui parle ici; car la distinction que l'on propose, n'a pas l'ombre de fondement dans les lois; et elle a été rejetée par le dernier des arrêts du parlement de Paris que nous avons rapportés : le sieur Herbin, dont le père a été condamné à 100 louis de dommages-intérêts, avait dix-sept ans lors du coup malheureux qui a motivé cette condamnation.

Quelques-uns ont cru mieux concilier les arrêts, en disant que le père ne doit pas répondre des faits d'un enfant impubère, mais qu'il en est autrement à l'égard des délits commis dans l'âge de puberté. C'est un des moyens qu'employait le ministère public lors de l'arrêt du parlement de Metz, dont on a parlé ci-devant.

« Thorel fils (disait M. l'avocat général le Laboureur) était sur sa quinzième année lorsqu'il a commis l'action qui donne lieu à cette cause; par conséquent, il était en pleine puberté et dans un âge capable de malice. Or, quand de semblables contestations se sont présentées, on a toujours fait cette distinction, c'est-à-dire, qu'on a déchargé les pères, quand les enfans étaient au-dessous de la puberté....

» Mais quand un fils de famille pubère a commis quelque délit, en ce cas le père est responsable des dommages et intérêts qui en résultent ».

Rapprochez cette distinction, et des arrêts qui ont condamné des pères à la réparation de fautes commises par des enfans de sept, huit, dix ou onze ans, et les arrêts qui ont déchargé des pères des poursuites intentées contre eux pour des délits dont leurs enfans s'étaient rendus coupables dans l'âge de puberté; appréciez le choc bizarre de toutes les opinions, remarquez la confusion que les pré

jugés, dont on les appuie respectivement, apportent dans une matière que les lois romaines ont cependant éclaircie avec le plus grand soin; et jugez s'il n'est pas bien essentiel d'abandonner l'imagination des auteurs systématiques à tous ses écarts, d'en revenir au jour pur et lumineux des principes établis au commencement de ce paragraphe; en un mot de tenir pour règle générale, qu'un père ne doit pas répondre des fautes ni des délits commis par ses enfans, soit pubères, soit impubères.

[[VIII. L'art. 1384 du Code civil porte que « le père et la mère, après le décès du mari, » sont responsables du dommage causé par » leurs enfans mineurs habitant avec eux...., à » moins que les père et mère ne prouvent » qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne » lieu à cette responsabilité ».

V. l'article *Délit*, §. 8.]]

§. III. 1° *Le père est-il responsable des dettes contractées par les enfans qu'il a sous sa Puissance?*

2°. *Peut-il exercer les actions personnelles qui appartiennent à ceux-ci?*

I. Le droit romain nous fournit des principes aussi clairs et aussi certains sur le premier de ces deux points, que sur celui dont il est question dans le paragraphe précédent.

1° Lorsque le fils de famille a un *pécule profectice*, le père est tenu de payer ses dettes jusqu'à concurrence de ce qu'il s'y trouve, parce qu'il est censé avoir consenti, en lui en laissant l'administration, qu'il contractât autant d'obligations que ce pécule pourrait en supporter. *Les lois 44, 45 et 46, D. de peculio,* contiennent là-dessus des dispositions les plus précises; *en voici la traduction littérale :*

« Celui qui contracte avec un fils de famille, a deux débiteurs, savoir, le fils de famille pour le tout, et son père jusqu'à concurrence de son pécule.

» C'est pourquoi, si le père avait ôté à son fils l'administration de son pécule, le fils n'en serait pas moins soumis à toutes les poursuites de ses créanciers.

» Celui qui accorde à son fils l'administration d'un pécule, est censé lui permettre, en termes généraux, ce qu'il aurait pu lui permettre spécialement ».

2° Le père est encore tenu des dettes de son fils, lorsqu'il en résulte pour lui un profit quelconque; mais l'action des créanciers ne peut, en ce cas, excéder, à son égard, le montant de ce profit. Ecoutons les oracles de la jurisprudence romaine, au titre *de in rem verso,* dans le Digeste :

« Loi 1. Si ceux qui sont sous la puissance d'autrui, n'ont rien dans leur pécule, ou que ce qui s'y trouve ne suffise pas pour remplir leurs obligations, ceux qui les ont sous leur Puissance, ne laissent pas d'être tenus, à raison de ce que ces obligations leur ont profité, comme si c'était avec eux-mêmes que les créanciers eussent contracté.

» 12. Si un fils de famille ou un esclave a acquis un fonds pour son père ou son maître, il n'est point douteux que l'obligation qu'il a contractée à cet effet, n'ait tourné au profit de l'un de ceux-ci. Mais ce profit doit être estimé de manière que, si le fonds ne vaut pas ce qu'on a promis d'en payer, le père ou le maître ne soit tenu qu'à raison de sa véritable valeur; et que, si au contraire on en a promis moins qu'il ne vaut, le prix de l'achat soit la mesure de l'action des créanciers.

» 19. Un fils de famille a acheté une robe. Il meurt; son père, par une pure méprise et dans la persuasion que cette robe lui appartient, s'en sert pour la cérémonie de ses funérailles. Nératius dit que le père est censé avoir en cela profité de l'achat que le fils avait fait....., parceque les funérailles du fils sont à la charge du père.

» 20. Un père, en mariant sa fille, lui a promis une dot, et s'est en outre obligé à la nourrir. Sur son défaut de remplir cet engagement, la fille a emprunté de son mari différentes sommes d'argent, et elle est décédée la première. J'ai répondu que, si elle a employé ses emprunts à ses propres nourritures ou à l'entretien des esclaves de son père, on *intentera* avec efficacité contre celui-ci l'action *de in rem verso* ».

Dans les cas où cessent les deux actions dont on vient de parler, c'est-à-dire, lorsque le fils de famille n'a point de pécule ou n'en a qu'un insuffisant, et que ses obligations n'ont point tourné au profit de son père, ses créanciers n'ont action que contre lui, et le père n'est tenu de rien personnellement.

On pourrait accumuler ici une foule de textes qui mettent cette proposition dans la plus grande évidence; mais ceux qu'on vient de citer, suffisent pour la démontrer et faire connaître quel est, à cet égard, l'esprit des lois romaines.

La jurisprudence des arrêts est conforme à l'esprit de ces lois. Retraçons d'abord les décisions par lesquelles les tribunaux ont confirmé la règle générale que nous venons d'établir.

Maillart a inséré dans le *Dictionnaire des arrêts* de Brillon, au mot *Père*, un arrêt de la grand'chambre du parlement de Paris, du 23 mars 1714, « qui déclare que le père

» n'est pas tenu du commerce que fait son » fils, quoique demeurant avec lui ». (*V.* ci-après, n° 9).

On trouve, dans le même recueil, à l'endroit cité, un arrêt du grand conseil, du 13 mars 1711, dont l'espèce est assez remarquable.

Robert Coquelin, marchand à Paris, avait un fils débauché, qu'il fut obligé d'embarquer sur un vaisseau commandé par le sieur de Boisloré, à qui il eut soin de donner tout ce qui était nécessaire pour le voyage, l'aller et le retour. Le vaisseau étant arrivé au port de Valparer, Coquelin fils trouva le nommé Ladoyreau, qui l'engagea à quitter son capitaine et à le suivre. Ils se retirèrent à Saint-Jacques, dans les Indes occidentales, et y vécurent ensemble quelque temps.

Le 28 juillet 1707, Coquelin fils passa un billet à Ladoyreau, portant que celui-ci lui avait *prêté aux Indes de Chili, dans son besoin, la somme de* 183 *piastres, monnaie d'Espagne.*

Le 18 août suivant, autre billet, par lequel Coquelin reconnut encore que Ladoyreau lui avait *prêté, aux Indes orientales, dans son besoin, la somme de* 360 *livres.*

Ladoyreau, de retour en France, se pourvut contre Coquelin père; et après une ample instruction, sentence de la prévôté de l'hôtel, du 31 mars 1700, qui, « sans s'arrêter » aux billets de Coquelin fils, des 28 juillet » et 18 août 1701, à l'égard de Coquelin » père, le condamne néanmoins à payer et » rembourser à Ladoyreau les nourritures, » alimens et entretiens fournis à Coquelin » fils, pendant le voyage sur mer, où il s'était » embarqué sur le vaisseau *la Conception*, » lesquels alimens sont réglés à la somme de » 500 livres, au paiement de laquelle Coque- » lin père sera contraint; déchargé du sur- » plus des demandes, sauf à Ladoyreau à se » pourvoir contre Coquelin fils, pour le sur- » plus du contenu aux billets; Coquelin père » condamné à la moitié des dépens et au coût » des épices, conclusions, et coût de la sen- » tence ».

Coquelin père interjeta appel de ce jugement; et, par l'arrêt cité, le grand conseil le déchargea des condamnations prononcées contre lui. Les motifs de cette décision paraissent avoir été, que l'énonciation vague de *besoin*, insérée dans les billets, ne pouvait former une preuve que Ladoyreau eût fourni à la nourriture et à l'entretien de Coquelin fils; qu'en tout cas, le premier devait s'imputer d'avoir tiré le second de son vaisseau; qu'il importe à la société de ne pas soumettre les pères aux demandes des corrupteurs ou complices de leurs enfans; qu'autrement, il n'y a point de fils de famille porté à la débauche, qu'on ne parvînt aisément à détourner de l'établissement que son père lui aurait destiné.

Il y a, dans le recueil de la Peyrère, un arrêt du parlement de Bordeaux, qui juge à peu près la même chose:

« Un nommé Coyffé, clerc de palais, ayant volé son maître, alla à Paris, où il contracta une obligation de 200 livres, pour ses nourriture, blanchissage et autres dépenses nécessaires pour son entretien : le créancier s'adresse au père pour le faire condamner.

» Le père se défend, et dit 1° que le fils de famille ne peut emprunter; 2° que son fils était sorti de chez son maître, où il subsistait honnêtement, sans son consentement et par un esprit de débauche.

» Le créancier opposait la faveur des alimens.

» Le père répliquait que les pères n'étaient obligés de payer que dans le cas où les enfans sortaient de la maison par leur ordre, pour leurs études et pour prendre une bonne éducation, et que les pères n'eussent pas fourni à l'entretien par rapport à leurs facultés; mais que, quand les enfans sortaient de la maison paternelle *incognitò* et par un pur esprit de débauche, les pères, dans ce cas, ne pouvaient être tenus ni engagés.

» Par arrêt du mois de juillet 1689, le père fut déchargé de la demande du créancier ».

Même décision au parlement de Normandie, en 1729.

Le sieur Aubry, demeurant à Rouen, avait un fils qui, par esprit de libertinage et d'indépendance, s'était retiré de sa maison, et avait pris un appartement dans une auberge occupée par le nommé Bichot. Après y avoir vécu six ans, pendant lesquels son père lui avait constamment fourni une pension de 900 livres, il fut attaqué d'une maladie qui, au bout de sept mois, le conduisit au tombeau.

Bichot demanda alors au sieur Aubry 3000 et tant de livres, pour les fournitures et les avances qu'il avait faites à son fils défunt, et qui étaient en partie constatées par des billets de celui-ci.

Le sieur Aubry s'étant refusé au paiement de cette somme, Bichot se pourvut contre lui au bailliage de Rouen.

Par sentence du 4 février 1729, le sieur Aubry fut condamné à payer à Bichot 1000 livres pour une année et le quartier courant

de la nourriture fournie à son fils, lorsqu'il était tombé malade, à raison de 800 livres par an, et de lui rembourser 495 livres pour les frais de la maladie dont ce dernier était mort. Bichot fut débouté du surplus de ses demandes, sauf à se pourvoir sur les biens du feu sieur Aubry fils, s'il en avait.

Les deux parties appelèrent de cette sentence au parlement de Normandie.

M. le Chevalier, avocat général, qui porta la parole dans la cause, à l'audience de la grand'chambre, dit que, quelque favorable que fût l'action pour le paiement des alimens, néanmoins cette faveur ne pouvait militer contre un père, lorsqu'il était question de nourriture et de vins fournis sans son aveu, à son fils majeur, par un aubergiste informé de la pension annuelle que le premier payait au second, ainsi que des sujets de mécontentement donnés par celui-ci à celui-là; que, quand ces motifs particuliers ne se fussent pas présentés tels qu'ils étaient dans l'espèce qu'il s'agissait de décider, le bien public se serait opposé à l'introduction d'une action semblable de la part des aubergistes contre les pères; que ce serait faciliter aux fils de famille le moyen de se soustraire à l'obéissance et au respect qu'ils doivent à leurs parens, leur ouvrir la voie et leur faire naître le désir de quitter la maison paternelle pour se retirer dans une auberge, afin de s'y abandonner au libertinage; que déjà ces inconvéniens avaient été prévus par un arrêt de réglement de 1514, et qu'il paraissait nécessaire d'en renouveler la disposition.

En conséquence, arrêt du 19 août 1729, qui, *sur l'appel de Bichot, met l'appellation au néant; sur celui du sieur Aubry*, infirme la sentence *quant à la condamnation de 1000* livres qu'elle prononçait contre lui; et, sur les conclusions du ministère public, ordonne que l'arrêt de réglement de 1514 sera de nouveau lu, publié et enregistré au bailliage de Rouen.

II. On voit que, dans ces différentes espèces, les pères ne disconvenaient pas qu'ils auraient été obligés, si les dettes dont on leur demandait le paiement, avaient tourné à leur profit de quelque manière que ce fût. Cette restriction, que nous avons déjà démontrée par les lois romaines, a été adoptée par plusieurs arrêts.

Bouvot, tome 2, au mot *Saisie*, quest. 44, en rapporte un du parlement de Dijon, du 22 mai 1596, qui déboute un père de sa demande en nullité d'une saisie pratiquée sur les fruits de ses biens, en vertu d'un simple billet, non reconnu en justice, par lequel son fils mineur se déclarait redevable d'une certaine somme, pour prix de chevaux qu'il avait achetés à la guerre. Cet arrêt a été rendu au parlement de Dijon.

Soefve, tome 1, cent. 2, chap. 17, nous en fournit un autre du parlement de Paris, en date du 10 mai 1647, qui condamne un père à rembourser une somme que son fils avait empruntée, et dont il avait acheté des étoffes et des marchandises pour son usage. On considéra, dit l'arrêtiste, que le père avait eu connaissance du prêt; que d'ailleurs son fils demeurant avec lui, il était obligé de l'entretenir, et que par conséquent le prêt avait été fait pour sa propre décharge.

De Bésieux, dans son Recueil d'arrêts du parlement de Provence, liv. 9, chap. 3, §. 2, dit pareillement que « le père doit payer les » fournitures faites pour habiller et entretenir ses enfans, suivant la jurisprudence de » la cour, et particulièrement de l'arrêt du » 25 avril 1626, rendu entre Rissy, écuyer, » et Dise, marchand, portant condamnation » du prix des marchandises fournies par Dise, » pour les habillemens nécessaires d'Honoré » Rissy fils, suivant la liquidation d'experts, » ayant débouté Dise du surplus; ce qui est » conforme au sens de la loi 3, §. *proinde*, D. » *de in rem verso*, et à la loi 5, C. *ad Macedonianum*. Car les fournitures faites au fils, » sont tellement et si incontestablement dues » par le père, qu'il ne lui servirait de rien de » prouver qu'il avait défendu d'en faire, suivant la loi *si quis mancipiis*, §. *Proculus*, » D. *de institoriâ actione;* la cour l'ayant » ainsi jugé par arrêt du 15 juin 1595, rendu » au rapport de M. Martini de Saint-Jean, » entre Marguerite, marchand d'Aix, et Figuières ».

Ce magistrat ajoute, §. 6:

« Le père doit payer au marchand les marchandises fournies à son fils, s'il n'y a excès. Il en a été ainsi jugé par arrêt du 27 janvier 1699, rendu à la chambre des enquêtes où je présidais, après partage de la grand'chambre sur un premier partage de la tournelle, entre le sieur de Salla de Monjustin, appelant de sentence rendue par le lieutenant d'Aix, qui le condamnait au paiement de quelques marchandises livrées au sieur de Salla Descrottes, son fils, d'une part, et les sieurs Cancéris et Vaisse, marchands, intimés, d'autre. M. de Raphaélis de Grambois, commissaire, voulait confirmer, et M. d'Etienne du Bourquet, réformer, et condamner le sieur Descrottes au paiement des marchandises, et subsidiairement et en défaut de biens de sa part, le sieur de Monjustin, son père.

L'opinion du rapporteur fut unanimement suivie par la chambre des enquêtes.

» La sentence était juste, parceque le sieur de Monjustin père jouissait de la dot de la dame son épouse, non-seulement *jure patriæ Potestatis*, mais encore par le legs qu'elle lui en avait fait dans son testament, à condition de nourrir et entretenir son fils; ce qui n'était pas même nécessaire, puisque cette charge est inhérente à l'usufruit....; et les marchandises n'étaient pas excessives, eu égard à la qualité des parties. Le père ne justifiait même pas que, lorsqu'elles furent livrées à son fils, il lui avait fourni les habits nécessaires, ni qu'il eût défendu aux marchands de lui en donner.

» L'opinion de M. le compartiteur était irrégulière, en ce qu'elle prononçait contre le fils, qui n'était pas en qualité au procès ».

III. On peut conclure de tout ceci, qu'un père ne pourrait pas se refuser au paiement des frais employés par un chirurgien ou un apothicaire, au traitement d'une maladie dont son fils eût été attaqué dans le temps où il était à sa charge.

Mais que serait-ce si la maladie avait son principe dans la débauche, et n'était que le fruit amer et honteux du libertinage?

Bouchel, au mot *Père*, rapporte un arrêt du 7 juin 1606, qui, dans un cas de cette espèce, a déchargé le père des poursuites d'un chirurgien.

Mais Pollet, part. 3, §. 82, assure qu'il en a été jugé tout autrement au parlement de Flandre :

« Le père (dit-il) est tenu des salaires et dépenses du chirurgien qui a pansé son fils d'un mal vénérien, quoique le chirurgien ne l'en ait point averti, et qu'il n'en ait rien su.

» Arrêt rendu au rapport de M. Hanecart, le 23 avril 1708, entre Maximilien Carette, avocat de Lille, appelant des mayeur et échevins de la même ville, et Guislain Dambre, chirurgien, intimé ».

IV. Un père est-il obligé de faire honneur à la dette contractée par son fils pour se tirer de la captivité?

Cette question dépend d'une autre, qui consiste à savoir si un fils peut contraindre son père à le racheter de l'esclavage. L'authentique *si captivi*, D. *de episcopis et clericis*, ou plutôt le chap. 3 de la novelle 115 dont elle est extraite, semble insinuer qu'il ne le peut pas; car, en soumettant à l'exhérédation le père qui a négligé de racheter son fils captif, elle paraît faire entendre qu'il ne peut point y être forcé, et qu'il lui est libre de s'en exempter en s'exposant à la peine qu'elle permet au fils de lui infliger. C'est aussi ce que nous avons établi à l'article *Légitime*, sect. 9, §. 1.

Cependant il est bon de remarquer différens arrêts qui ont jugé le contraire.

Bouchel, au mot *Rançon*, en rapporte un du 29 janvier 1593, par lequel le parlement de Paris, après avoir interpellé le père, présent à l'audience, d'offrir quelque chose pour le remboursement d'une somme de 300 livres qui était due au libérateur de son fils, et ayant aucunement égard à son offre d'en supporter la moitié, le condamna à payer soixante écus, et donna acte au créancier de la déclaration du fils, qu'il fournirait de ses propres deniers les quarante écus restant.

Bardet rend compte d'un autre arrêt du 6 août 1619, qui obligea un père de restituer au nommé Bousseron ce qu'il avait déboursé pour racheter son fils détenu en captivité chez les Algériens. Mais, comme on l'a vu à l'endroit cité de l'article *Légitime*, il y avait, dans cette espèce, des circonstances particulières qui ont pu influer sur l'arrêt.

Boniface, tome 2, liv. 4, tit. 17, chap. 1, dit que le parlement de Provence a souvent condamné les pères à payer les rachats de leurs enfans à ceux qui les avaient faits sans leur ordre exprès, et il en rapporte pour exemple un arrêt du 30 août 1622.

V. Un père peut-il être imposé à la taille, à raison du commerce particulier que font ses enfans non émancipés?

La négative paraît incontestable, et elle a été confirmée par un arrêt de la cour des aides de Paris, du 6 mars 1761, rapporté dans la *Collection de jurisprudence*.

[[On pourrait aujourd'hui élever la même question sur le droit de *Patente*. (*V.* ce mot). Mais il est à remarquer qu'un fils de famille ne peut plus faire le commerce, s'il n'est préalablement émancipé. *V.* l'article *Mineur*, §. 9, n° 7.]]

VI. Nous n'avons parlé jusqu'à présent des dettes du fils de famille, qu'en les supposant contractées sans l'aveu ou l'autorisation du père. Supposons maintenant le contraire, et voyons quel effet produisent cet aveu, cette autorisation.

La loi première, D. *quod jussu*, ne laisse là-dessus aucun doute : elle décide que le père est tenu solidairement de toutes les obligations qu'il a autorisé son fils à contracter : *Omnia proconsul agit, ut qui contraxit cùm eo qui in alienâ Potestate est.., in quantùm ex æquo et bono res patitur, suum consequa-*

tur. *Sive enim* JUSSU EJUS CUJUS IN POTESTATE SIT, *negotium gestum fuerit*, IN SOLIDUM EO *nomine judicium pollicetur*.

C'est sans doute cette loi qui a servi de fondement aux arrêts rapportés ci-devant, §. 2, par lesquels des pères ont été déclarés garans des condamnations prononcées contre leurs enfans dans des procès criminels qu'ils les avaient autorisés à soutenir.

VII. S'il en est ainsi dans les cas où il ne s'agit que d'intérêts privés, à plus forte raison doit-il en être de même de ceux où le bien public se trouve compromis. Aussi, lorsque le fils de famille est parvenu à cet âge où l'on verra ci-après qu'il peut être promu aux fonctions publiques, et que son père consent qu'il y soit élevé, on regarde le consentement de celui ci comme un cautionnement de l'exactitude avec laquelle l'enfant doit remplir ses fonctions; et c'est sur l'un que retombent toutes les suites, soit des négligences, soit des prévarications de l'autre. La loi 1, C. *de decurionibus*, le décide ainsi formellement: « Si votre père (dit-elle) a voulu que vous » fussiez décurion, et que cet honneur vous » ait été déféré de son vivant, ses héritiers » sont tenus envers l'Etat; car le père fait à » cet égard le rôle de fidéjusseur: mais on ne » peut se pourvoir contre eux qu'après avoir » discuté tous vos biens ».

C'est d'après ce texte, que le conseil souverain de Mons a décidé, le 21 août 1709, qu'un père, en consentant que son fils fût nommé *mayeur* d'une seigneurie, se rendait responsable de sa gestion (1).

Le même texte a servi de motif à un arrêt du parlement de Grenoble, du 28 mai 1637, rapporté par Basset, tome 2, liv. 4, tit. 10, chap. 4.

Il s'agissait de savoir si un père était tenu du maniement des deniers d'une communauté d'habitans, dont son fils était receveur. On disait pour l'affirmative, que, le père et le fils vivant ensemble, le premier était censé avoir consenti à ce que le second fût chargé de cette recette. Par l'arrêt cité, « il fut dit que le » père paierait le reliquat du compte en cas » d'insuffisance des biens du fils, discussion » d'iceux préalablement faite; et pour les » dépens adjugés contre le fils, le père en fut » déchargé, parcequ'il n'avait point été ap- » pelé en justice: mais l'arrêt porte: à condi- » tion que les biens du fils seront première- » ment imputés sur les dépens, et après sur » le reliquat ».

Mais, qu'il nous soit permis de le dire, cet arrêt ne semble-t-il pas avoir été trop loin, et pouvait-il donner autant d'effet au principe qui lui a servi de base? Le silence peut-il, en cette matière, être réputé pour consentement?

La loi 5, C. *de decurionibus*, paraît assez formelle pour la négative: « Vous vous êtes » trompé (dit-elle) en vous persuadant que » les enfans de famille ne peuvent pas être » nommés aux charges publiques: mais, si » vous n'avez pas donné votre consentement » à la nomination qui a été faite de votre fils, » vous n'êtes nullement tenu de sa gestion ».

La loi 3, §. 5, D. *de muneribus*, semble appuyer ce texte. Voici ce qu'elle porte: « Le défaut de consentement du père à la » promotion de son fils aux charges ou aux » honneurs, met son patrimoine à couvert des » poursuites qui pourraient en résulter dans » la suite, mais ne prive pas la patrie des ser- » vices d'un citoyen qui peut lui être utile ».

La loi 3, C. *de filius pro patre*, dit à peu près la même chose: « Si un fils de famille » (ce sont ses termes) a été créé décurion » malgré son père, *invito patre*, il est hors » de doute que son père ne peut pas être » inquiété à son sujet ».

Ne peut-on pas appliquer ici ce que la loi 5, D. *de servitutibus prædiorum rusticorum*, a mis en principe à l'égard des servitudes; et ne peut-on pas dire avec elle: *Invitum autem accipere debemus, non eum qui contradicit, sed eum qui non consentit?* Ce qui paraît devoir le faire penser ainsi, c'est qu'en matière d'obligations, le silence du père, qui sait que son fils les contracte, ne suffit pas pour l'en rendre garant, et qu'il faut au contraire un consentement, sinon spécial et exprès, au moins évident et non équivoque de sa part pour le soumettre aux dettes de l'enfant qu'il a sous sa puissance. L'arrêt du 23 mars 1714, rapporté plus haut, n° 1, d'après Maillart et Brillon, paraît en renfermer une preuve bien claire.

Cependant il n'y a rien dans ces lois ni dans ces raisons, qui puisse nous faire rejeter la décision adoptée par l'arrêt du parlement de Grenoble qu'on vient de citer. Il est vrai qu'en général, le silence, de la part d'un père, n'équivaut pas à un consentement formel; mais ce n'est point sur les lois faites pour les intérêts des particuliers, qu'il faut régler le sort de l'Etat et les intérêts du public. L'administration politique a des priviléges que les personnes privées réclameraient inutilement;

(1) *Recueil manuscrit de M. Tahon, conseiller au conseil souverain de Mons.*

et c'est communément raisonner très-mal que d'appliquer à l'une des décisions qui n'ont été faites que pour les autres.

A l'égard des lois dont nous avons transcrit les termes, elles ne disent pas textuellement que le silence d'un père, lors de la nomination de son fils à une charge publique, ne peut pas avoir l'effet d'un consentement formel; et ce qu'elles peuvent laisser là-dessus d'équivoque, est suffisamment éclairci par deux lois des empereurs Sévère et Antonin, qu'on trouve dans le Code, au titre *de filiis familiâs et quemadmodùm pro his pater teneatur.*

La première est conçue en ces termes : « Il » est constant qu'un père ne court aucun » risque en consentant que son fils émancipé » soit nommé décurion; car le seul cas où un » pareil consentement forme une obligation » pour le père, est lorsque son fils est encore » sous sa Puissance : et il faut remarquer » qu'en cette matière, celui-là est censé consentir, qui ne proteste pas formellement » de son opposition. *Consentire autem is videtur, qui non testificatur dissentire nomi-* » *nationi* ».

La seconde loi insinue clairement la même chose : « Il était inutile (porte-t-elle) que » vous interjetassiez appel de la nomination » de votre fils au décurionat; vous n'avez » même fait en cela qu'une mauvaise procé- » dure. La seule voie que vous aviez à pren- » dre, était de protester contre la nomination » de votre fils, et de déclarer que vous ne » consentiez pas à la charge qu'on lui avait » imposée ».

[[Tout cela est sans objet, depuis que l'âge de vingt et un ans émancipe de plein droit le fils de famille. *V.* ci-après, sect. 6.]]

VIII. Peut-on étendre cette décision à la tutelle dont un fils de famille est chargé?

Ce qui semblerait devoir nous incliner à l'affirmative, c'est que le public a le plus grand intérêt à la conservation du patrimoine des mineurs. Cependant, comme cet intérêt n'est ici que secondaire, et qu'il ne s'y agit pas directement du bien de l'Etat, rien ne nous oblige de nous départir à cet égard de la règle générale, et de donner à un simple défaut de protestation le même effet qu'à un consentement exprès et formel.

C'est d'ailleurs ce que décide la loi 7, D. *de tutelis :* « Lorsqu'un fils de famille (dit- » elle) a été nommé tuteur par le juge, son » père est obligé solidairement pour sa ges- » tion, s'il a reconnu la tutelle; mais s'il ne » l'a pas reconnue, il n'est tenu que jusqu'à » concurrence du pécule de son fils. Qu'en- » tend-on donc ici par reconnaître une tu- » telle? C'est, ou gérer soi-même, ou consentir » expressément à ce que le fils gère, ou enfin » toucher, de quelque manière que ce soit, » à la tutelle. C'est pourquoi un père ayant » écrit à son fils une lettre par laquelle il lui » recommandait d'administrer exactement les » affaires du pupille, *attendu*, disait-il, *que* » *les risques en sont à notre charge, comme* » *vous ne l'ignorez pas*, j'ai décidé qu'il était » censé avoir par-là reconnu la tutelle. Mais, » s'il n'avait donné à son fils qu'un simple » avertissement, on ne devrait pas en faire » résulter de reconnaissance ».

La loi 21, D. *de administratione et periculo tutorum*, est encore plus décisive : « Lucius Titius a nommé, par son testament, » Caius Seïus, fils de famille, tuteur de son » fils. Caïus Seïus a administré la tutelle au » vu, au su et du consentement de son père, » *sciente et consentiente patre, tutelam ad-* » *ministravit.* Je demande si, après la mort » de Caïus Seïus, on peut intenter contre » son père l'action de tutelle, et jusqu'à » quelle concurrence on peut exercer cette » même action à sa charge. Marcellus a » répondu que, dans l'espèce proposée, le » père n'était tenu que *péculiairement* et à » raison des profits qu'il pouvait avoir tirés » indirectement de la tutelle, et que sa » connaissance et son consentement (tacite) » ne suffisaient point pour l'obliger solidai- » rement, à moins qu'un co-tuteur ou un » autre voulant faire rejeter son fils comme » suspect, il ne s'y soit opposé, et n'ait par- » là pris, en quelque sorte, tout le risque » sur *lui*-même ».

[[*V.* l'observation qui termine le n° précédent.]]

IX. La coutume de Berry a donné, sur cette matière, plus de faveur au commerce que les Romains n'en accordaient aux pupilles. Voici ce qu'elle porte, tit. 1, art. 9 et 10 :

« Le jugement donné contre le fils de famille, ne sera exécuté contre le père, si ce n'est que ledit fils de famille eût exercé le fait de marchandise, au vu et su de son père, et sous son aveu et consentement exprès ou saisible.

» Et si lesdits enfans de famille exercent ledit état et fait de marchandise sous l'aveu du père, comme dessus est dit, seront aussi tenus lesdits pères, des dettes passives contractées par lesdits fils de famille, pour cause ou occasion dudit fait de marchandise; et pourront être convenus lesdits pères ou maris, pour raison desdites dettes passives, tout

ainsi et en la forme et manière que si elles avaient été par eux-mêmes contractées ».

On remarque les mêmes dispositions dans la coutume de Bourbonnais, art. 168.

[[Ces dispositions sont abrogées. *V.* ci-devant, n° 5.]]

X. L'intérêt public, qui les a dictées aux rédacteurs de ces lois municipales, a inspiré aux parlemens de droit écrit des décisions semblables, sur une matière dans laquelle il leur paraissait dominer souverainement. C'est de l'action *dotale* que nous voulons parler.

Catellan, liv. 4, chap. 10, dit que « l'usage » du parlement de Toulouse a établi que la » seule présence du père dans le contrat de » mariage de son fils, où ce fils reçoit une » dot, rend ce père responsable de cette dot » ainsi reçue en sa présence, et de son con- » sentement, qu'on peut présumer d'ailleurs » avoir passé des mains du fils dans les mains » du père, *et pervenisse ad potentiorem;* et » la femme peut la répéter sur les biens du » beau-père, par privilége et préférence à » tous les créanciers ».

C'est en effet ce qu'ont jugé deux arrêts de ce tribunal, des 3 juillet 1562 et 17 janvier 1574, rapportés dans le recueil de La Roche-Flavin, liv. 6, tit. 41, n° 6.

« On est même allé plus avant (continue Catellan); car il a été jugé que la présence seule rend le père responsable de la dot, quoique cette dot, promise seulement dans le contrat de mariage auquel le père avait assisté, ait été payée depuis en son absence. Cette dot ayant été stipulée par le fils, en présence et du consentement du père, a été payée au fils postérieurement, en vertu de ce consentement précédent.

» Ainsi, par arrêt de l'année 1677, rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Papus, le sieur Durrieu, juge-mage de Ville-Franche, fut condamné à payer la dot de la dame de Montalègre, sa belle-fille, quoique son fils l'eût reçue en son absence, et quoique ce juge-mage offrît de représenter la quatrième partie de ses biens qu'il avait donnée à son fils dans le contrat de mariage ».

Cette jurisprudence n'est point particulière au parlement de Toulouse.

Chorier, *Jurisprudence de Guy-Pape*, page 225, rapporte un arrêt de celui de Grenoble, du 23 septembre 1667, par lequel il fut également jugé qu'un père, pour avoir seulement consenti au mariage de son fils non émancipé, devait répondre à sa bru de la dot que le fils même avait reçue.

Il existe plusieurs arrêts semblables du parlement de Provence.

Boniface, tome 1, liv. 6, tit. 3, chap. 10, en rapporte un rendu à la grand'chambre, le 1er décembre 1639, sur les conclusions de M. l'avocat général de Cormis, par lequel « un enfant s'étant marié en présence et du » consentement de son père, qui promit qu'il » l'instituerait héritier en la moitié de ses » biens après sa mort, le père était respon- » sable des 600 livres de la dot tirée par le » fils lors du mariage, de la donation de » survie, des alimens et des habillemens de » sa veuve ».

Le même compilateur ajoute que cet arrêt a été suivi d'un autre, du 31 janvier 1661, « au profit de Goudonelle, de Marseille, » contre les Mourier père et fils, qui furent » condamnés solidairement à la restitution » de la dot que le mari avait exigée après la » dissolution du mariage, à cause de la pu- » pillarité de sa fille, prononcée par le juge » d'église, sur le fondement de quoi le beau- » père disait que, n'ayant promis de recon- » naître qu'au cas de mariage, il ne devait » point être obligé du reçu par son fils après » le mariage dissous. A quoi il fut répliqué » qu'il y était obligé, nonobstant la dissolu- » tion, par la loi dernière, §. 1, D. *de con- » dictione sine causâ* ».

Le président de Bézieux, liv. 5, chap. 2, §. 13, dit pareillement que « le père, par sa » présence au mariage de son fils, est respon- » sable à sa belle-fille de sa dot et donation de » suivre; et qu'il en fut ainsi jugé à la chambre » tournelle, le 3 décembre 1712, en vidant » le partage fait à la grand'chambre, au » procès de Joseph et Antoine Michel ».

Voilà, comme on le voit, une jurisprudence qui paraît bien établie. Ce qui la confirme encore davantage, est l'assertion générale de Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, que, « dans tous les pays de droit écrit, le » père qui marie son fils étant sous sa Puis- » sance, est responsable de la dot de sa belle- » fille, soit qu'il la reçoive lui-même, ou que » son fils la reçoive ».

Mais ne craindrons-nous pas de le dire, et de combattre un préjugé aussi fortement enraciné? Cette jurisprudence, qu'on a cru puiser dans les lois romaines, trouve sa proscription formelle dans un texte du Digeste. Ecoutons le jurisconsulte Ulpien, dans la loi 52, §. *transgrediamur*, 12, D. *soluto matrimonio* : « Passons maintenant (ce sont ses » termes) à la question de savoir contre qui

» peut être dirigée l'action dotale. Il est » d'abord évident qu'elle peut l'être contre » le mari, soit qu'il ait lui-même reçu la dot, » soit qu'elle ait été payée de son consen- » tement à un tiers soumis ou non à sa » puissance. Mais si le mari est fils de famille, » et que le beau-père ait reçu la dot, on » agira contre le beau-père même. Si c'est au » fils de famille qu'elle a été donnée, et que » le beau-père l'ait ainsi ordonné, *si quidem* » *jussu soceri*, le beau-père sera encore tenu » absolument. Que, si, au contraire, le fils de » famille l'a reçue sans ordre de son père, » *non jussu patris*, Sabinus et Cassius ont » répondu qu'on n'en était pas moins fondé » à agir contre le beau-père, parceque c'était » à lui, comme propriétaire du pécule de » son fils, que la dot était censée être par- » venue; mais il ne faut, en ce cas, le con- » damner que jusqu'à concurrence de ce qui » se trouve dans le pécule, ou de ce qui a » contourné à son profit : *sufficit autem ad* » *id damnandum quod est in peculio, vel si* » *quid in rem patris versum est.* Et si la dot » a été comptée entre les mains du beau-père » même, la femme n'aura aucune action » contre son mari, à moins qu'il ne devienne » héritier de son père ».

On ne remarque ici rien de particulier à la dot, rien qui ne soit conforme aux règles générales que les lois nous ont tracées pour les obligations contractées par le fils de famille : garantie solidaire à la charge du père, lorsqu'il a autorisé son fils; simple action péculiaire, ou *de in rem verso*, lorsqu'il n'a donné aucun consentement à la numération de la dot faite entre les mains de ce dernier. On ne peut rien de plus net ni de plus positif.

La loi 25 du titre cité décide expressément la même chose : c'est le jurisconsulte Paul qui en est l'auteur; voici comment il s'exprime : « Si la dot a été payée à un fils de » famille, sans qu'il y fût autorisé par son » père, *injussu patris*, on agira contre le » père jusqu'à concurrence de ce que con- » tiendra le pécule ».

L'opposition de ces lois aux arrêts cités, n'a pas échappé à Catellan : après avoir rapporté celui de 1676, qui condamne un père à restituer la dot payée en son absence à son fils non émancipé, « quoiqu'il offrit de repré- » senter la quatrième partie de ses biens » qu'il avait donnée à son fils dans le contrat » de mariage »; ce magistrat ne peut se dissimuler que cela « paraît contraire aux » termes du paragraphe *transgrediamur*, » *sufficit ad id damnandum quantum est in* » *peculio.* Les biens donnés au fils de famille » par son père, devenant le patrimoine du » fils, il semble que le père ne devait être » tenu que jusqu'à concurrence des biens » donnés ».

Il a même été rendu, sur ce point, quelques arrêts conformes à la décision des lois romaines.

« Il y a (dit Albert, au mot *Donation*, » §. 10) des auteurs qui disent que la pré- » sence du père au contrat de mariage de » son fils non émancipé, l'oblige....; ce qui » est contraire au §. *transgrediamur*, où le » père, en ce cas, n'est tenu que *de peculio;* » et en effet, dans la cause de la veuve d'un » nommé Blanchet, et de la veuve d'un autre » Blanchet, la cour (le parlement de Tou- » louse) n'adjugea l'hypothèque que quant » au pécule du fils. Arrêt du 9 juin 1648 ».

Boné, §. 8, en rapporte un autre rendu à la chambre de l'édit de Castres, le 5 septembre 1628, par lequel il fut jugé que la seule présence d'un père au contrat de mariage de son fils, n'avait point assujéti ses biens à l'hypothèque de la dot de sa belle-fille.

Duperrier, tome 2, page 462, édition de 1721, nous en fournit un troisième, intervenu au parlement de Provence, le 17 mars 1634, qui a décidé qu'un père, pour avoir consenti au mariage de son fils, et reconnu la dot, n'était pas responsable des deniers dotaux que son fils avait reçus postérieurement et à son insçu.

Quoi qu'il en soit, examinons jusqu'où l'on a porté la jurisprudence contraire, et voyons dans quelles bornes on a cherché à circonscrire l'abus qu'elle consacre.

1° On a demandé s'il était permis d'y déroger par une clause expresse du contrat de mariage, portant que le père ne répondrait pas de la dot de sa belle-fille.

Boniface, à l'endroit cité, fait mention d'un arrêt du parlement de Provence, qui a embrassé la négative :

« Cette doctrine (dit-il) a lieu nonobstant le pacte apposé dans le mariage, que le beau-père ne sera point obligé à la restitution de la dot, comme il a été déclaré par arrêt au profit de Bonnette, veuve Versoris, contre Versoris, son beau-père.

» Toutefois (ajoute-t-il) le parlement de Toulouse a jugé le contraire, par arrêt du 4 septembre 1664, contre la demoiselle de Glandèses, femme séparée de biens du sieur général Gratian, de Marseille, au profit des créanciers de la discussion du sieur Gratian, son père, l'héritage du beau-père ayant été

déchargé de la subsidiaire et de la restitution de la dot, en vertu du pacte que les biens donnés au fils seraient seuls sujets à la restitution de la dot ».

Il faudrait pousser le rigorisme bien loin, pour ne pas trouver ce dernier arrêt plus exact et plus raisonnable que l'autre. Aussi voyons-nous dans le recueil du président de Bézieux, à l'endroit cité, §. 14, que le parlement de Provence, abandonnant sa première décision, a adopté celle du parlement de Toulouse, par un arrêt du 18 mai 1703, dont voici l'espèce :

Jean-Baptiste Toache, épris d'une folle passion pour une servante de cabaret, et s'obstinant à vouloir l'épouser, parvint à obtenir de Barthélemi, son père, un acte par lequel celui-ci déclara consentir à son mariage, mais ne vouloir assister au contrat ni à la célébration, pour ne pas se rendre responsable de la dot. Après la mort du fils, Claire Arnaude (c'était le nom de la bru) attaqua Honorade Toache, héritière du père, en restitution de sa dot, et soutint que la condition sous laquelle Barthélemi Toache avait consenti à son mariage, était nulle; qu'on devait la rejeter comme non écrite et contraire à l'acte qui en était l'objet, qu'il ne dépendait pas du père de se décharger d'une obligation que la loi imposait; qu'enfin, suivant la doctrine de Décius et de Fagnan, la protestation ne sert de rien lorsqu'elle est faite contre des choses qui dérivent, par une conséquence nécessaire, des dispositions du droit. Ces raisons ne furent point écoutées; voici le dispositif de l'arrêt qui les rejeta : « La cour, avant faire droit sur toutes les » fins et conclusions des parties, a ordonné » et ordonne qu'Arnaude vérifiera, par toutes » sortes et manières de preuves, qu'après les » épousailles en question, Barthélemi Toache » père retira dans sa maison Jean-Baptiste » Toache, son fils, avec Claire Arnaude, son » épouse, lesquels y ont resté long-temps » avec leurs familles, et que la dot constituée » à ladite Arnaude, a été retirée par ledit » Barthélemi Toache père, ou qu'elle a tourné » à son profit; et partie au contraire, si bon » lui semble, à quoi il satisfera dans le mois; » pour, ce fait et rapporté, être ordonné ce » que de raison ».

Cet arrêt juge deux choses : la première, que la clause dont il s'agit, produit tout son effet, lorsque le père ne reçoit pas la dot et n'en tire aucun profit; la seconde, qu'il en est tout autrement dans le cas contraire. Ce dernier point est fondé sur le principe que l'action *de in rem verso* ne peut être éludée par aucune protestation du père, parcequ'il n'est jamais permis de s'enrichir aux dépens d'autrui.

2° On a mis en question si le seul défaut de présence du père au contrat et à la célébration du mariage, suffit, sans protestation particulière, pour le décharger de l'action dotale de sa bru.

Le président de Bézieux dit qu'il a été jugé pour l'affirmative, par un arrêt de son parlement, rendu « le 28 juin 1707, à la chambre » des enquêtes, au rapport de M. Roux de la » Pérusse, entre Barthélemi Héraud, de la » ville de Grasse, et Jean-Antoine Maret ». Par cet arrêt, continue-t-il, « la cour mit Ma- » ret, père de Jean-Antoine, hors de cour sur » la recherche d'Héraud, parcequ'il avait seu- » lement consenti par un acte aux épousailles » que son fils avait célébrées avec la fille d'Hé- » raux, auxquelles il n'avait pas assisté, non » plus qu'au contrat civil du mariage. Héraud » n'offrait pas de prouver que la dot fût par- » venue au père de son beau-fils..... Les » bonnes règles veulent que le père ne soit » pas tenu des pactes d'un contrat où il n'a » jamais été présent, ni aucun procureur de » sa part ».

3° Un père, dans le contrat de mariage de son fils, s'oblige de reconnaître la dot quand elle sera payée : on ne la paie qu'après sa mort; ses héritiers en sont-ils tenus?

Un arrêt du parlement de Toulouse, du 7 février 1657, a jugé qu'ils le sont.

« On a cru (*dit Catellan*) que, par cette promesse de reconnaître la dot lorsqu'elle serait payée, le père s'était obligé d'en répondre et de se cautionner pour la répétition de cette dot, en quelque temps qu'elle fût payée à son fils, qui l'avait ensuite reçue en vertu du consentement donné pour cela par le père dans le contrat de mariage, où le père n'avait pas stipulé que ce serait à lui qu'elle serait payée.

» Il y a (poursuit Catellan) un autre arrêt conforme, rendu à l'assemblée des chambres, au mois de mai 1661. Un homme se mariant avec une fille qui constitue en dot 1800 livres et tous ses biens, le père et le fils promettent de reconnaître la dot, lorsqu'ils la recevront. Il fut jugé que les biens du père étaient obligés au paiement de toutes les sommes reçues par le fils, même au-delà de 1800 livres, et après la mort du père ».

4° Le père, assigné en restitution de la dot, peut-il demander que son fils soit préalablement discuté?

Le président Favre, dans son Code, liv. 5,

tit. 19, déf. 7, rapporte un arrêt du sénat de Chambéry, du 4 août 1593, qui a jugé pour la négative.

Cambolas, liv. 3, chap. 34, nous en a conservé un semblable, rendu au parlement de Toulouse, le 3 septembre 1603.

Il y en a un autre de la même cour, en date du 7 mai 1667, dans le recueil de Catellan, liv. 4, chap. 11.

Cette jurisprudence est, dit-on, fondée sur la présomption que la dot a été consommée par le père; c'est même pour cela que le fils n'en est point tenu personnellement; à la vérité, le père a une action en recours contre lui, lorsqu'il peut prouver que les deniers dotaux ont été employés à son profit singulier, comme l'a décidé le dernier des arrêts cités; mais, hors ce cas, point de garantie; « comme il fut unanimement convenu à la » première chambre des enquêtes du parle» ment de Toulouse, le 17 novembre 1668 ».

Mais on remarque dans ces raisons le même défaut que dans tout ce qu'ont écrit là-dessus la plupart des auteurs : elles appliquent au cas d'une simple présomption, qui, suivant le §. *transgrediamur*, ne donne lieu contre le père qu'à l'action *de peculio*, une décision que le même texte n'adapte qu'au cas où il est prouvé que le père a réellement reçu la dot de sa bru. On se rappelle les derniers termes de ce paragraphe : *sin autem socero dederit, cùm marito non poterit experiri, nisi patri hæres exstiterit.*

5° L'augment dotal, espèce de don de survie, participe-t-il, en cette matière, au privilége de la dot, et le père en est-il tenu par le seul fait de sa présence au contrat de mariage de son fils?

Nous avons déjà cité un arrêt du parlement de Provence, du 3 décembre 1712, qui a embrassé l'affirmative. « On se fonde (dit le pré» sident de Bézieux) sur ce que le beau-père » étant, dans ce cas, responsable de la dot, » doit l'être aussi de la donation, qui en est » un accessoire et une suite ».

Basset, tome 1, liv. 4, tit. 6, chap. 3, dit qu'on juge de même au parlement de Grenoble.

Le parlement de Toulouse a décidé le contraire par deux arrêts des 17 mai 1667 et 28 juillet 1669, « par la raison (dit Catellan) » qu'il s'en faut bien que l'augment ait le » privilége de la dot; qu'en l'une, il s'agit » de perte pour la femme; qu'en l'autre, il » n'est question que de gain; et que c'est » assez de faire répondre le père de la dette, » sans vouloir qu'il réponde de ce qui n'est » qu'une pure libéralité du fils ». Cette raison, que Vedel a mise dans un nouveau jour, est, sans contredit, plus judicieuse que celle dont le président de Bézieux appuie l'opinion contraire.

6° L'arrêt du 17 mai 1667 a encore jugé que « le beau-père, responsable de la dot, » ne l'est ni des frais funéraires, ni des habits » et de la nourriture de l'an du deuil. On » opposait que le père étant garant de la » dot, devait la restituer entière, et non » diminuée ni ébréchée par la mort du fils : » qu'ainsi, c'était à lui, en ce cas, à payer » les honneurs funèbres du fils, et, ce qui en » est une suite et comme une partie, les » habits de deuil de la belle-fille ». Mais, répondait-on, la conséquence n'est pas juste : « le père doit la dot entière à sa belle-fille; » mais la belle-fille n'est pas dispensée de » rendre les derniers devoirs à son mari, et » de lui donner des marques extérieures de » sa douleur, aux dépens du profit qu'elle » fait à sa mort, lorsqu'il ne laisse pas de » biens ni d'héritiers ».

7° Le père répond-il de la dot, lorsque son fils ne l'a point reçue réellement, mais s'en est rendu responsable par un silence de dix ans?

Catellan, liv. 4, chap. 46, rapporte un arrêt qui juge que non.

« Il faut (dit-il) remarquer, sur cette matière, que le père présent aux pactes de son fils, à qui une dot est promise par le père de la future épouse, payable au père du futur époux, n'est pas responsable de cette dot, si elle ne lui a pas été payée, nonobstant le laps de dix ans; et qu'il n'en est pas du père comme du mari, qui, après dix ans, *rem sui periculi facit.*

» L'arrêt qui décide cette question, est du 1er février 1692, rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de Lafont, par lequel il fut ordonné qu'avant dire droit sur l'allocation de cette dot demandée par la femme sur les biens de son beau-père, elle justifierait les paiemens faits à ce beau-père ».

8° On a quelquefois prétendu étendre au cas où les enfans sont émancipés à l'époque de leur mariage, la jurisprudence qui rend le père responsable de la dot payée à son fils. Mais cette prétention a été rejetée par un arrêt du parlement de Grenoble, du 6 février 1664, inséré dans la compilation de Basset, tome 1, liv. 4, tit. 5, chap. 5; et par deux autres du parlement de Toulouse, l'un du 3 septembre 1678, et l'autre sans date, rapportés par Catellan, liv. 4, chap. 10.

Lorsque le père a vraiment reçu la dot promise à son fils non émancipé, il n'y a point de doute que la bru n'ait action contre lui. Mais éteint-il cette action en remettant les deniers dotaux à son fils? La négative ne peut souffrir nulle difficulté, et elle a été confirmée par un arrêt du parlement de Toulouse, du 10 janvier 1616, qu'on trouve dans le recueil d'Albert, à l'endroit cité plus haut.

[[*V.* les articles *Dot*, §. 3, n° 7, et §. 11, n° 4; et *Gains nuptiaux*, §. 6, n° 4.]]

XI. Le droit du père, de poursuivre les actions personnelles qui appartiennent à son fils, exige un développement que nous ne pouvons pas séparer de l'examen de la capacité ou de l'incapacité d'état du fils de famille, examen qui fait la matière du paragraphe suivant. Contentons-nous ici de retracer un arrêt du parlement de Toulouse, qui vient de confirmer le principe, que *le père peut poursuivre personnellement les injures faites à ses enfans.*

« La demoiselle du P..., fille mineure, avait rendu plainte en rapt de séduction contre le sieur M....; et le premier juge avait prononcé.

» Sur l'appel au parlement, le sieur du P...., père de la fille, a présenté sa requête en intervention. M. Pouderoux, son avocat, a établi que la Puissance paternelle rend le père, non-seulement habile à poursuivre la réparation des torts et des injures faits à ses enfans, mais que ces torts et ces injures le regardent personnellement en pays de droit écrit, à cause de l'identité que les lois romaines donnent au père et au fils dans une même cause. M. Pouderoux a également prouvé que, dans le pays coutumier, les pères étant les tuteurs et administrateurs légaux de leurs enfans mineurs, ils ont toujours été regardés comme personnes capables de demander réparation des injures faites à ceux-ci, et qu'on les a principalement reçus à intenter l'action en déclaration de paternité; qu'à plus forte raison, devait-on accueillir l'intervention du sieur du P...., qui se plaignait d'un délit dont le sieur M.... s'était rendu coupable à son égard, dans la personne de sa fille; délit dont les ordonnances de nos rois, surtout la déclaration de 1730, n'interdisent pas la poursuite aux parens, et par-là, la leur accordent tacitement. Une foule d'arrêts se présentaient à l'appui de la cause du sieur du P.....

» M. Barada, procureur du sieur M....., accusé, n'a point contesté ces principes; mais il s'est borné à prétendre que le père était non-recevable à intervenir sur l'appel, à cause du silence qu'il avait gardé pendant la longue instruction faite devant le premier juge.

» Arrêt du 15 mai 1782, qui, sans avoir égard à la fin de non-recevoir de la partie de Barada, a reçu celle de Pouderoux intervenante; dépens réservés ». (*Gazette des tribunaux*).

§. IV. *Quelle est, dans les pays de droit écrit, l'influence de la Puissance paternelle sur la capacité ou l'incapacité d'état du fils de famille?*

I. La Puissance paternelle empêche que le fils ne soit à lui-même, et, comme on dit en droit, *sui juris;* mais elle ne porte en lui aucune atteinte à ce que les jurisconsultes appellent l'intégrité de la personne; et c'est en cela qu'il diffère de l'esclave.

L'esclave est considéré, par rapport au droit civil, comme nul et réduit au néant : *quod attinet ad jus civile, servi pro nullis habentur,* dit la loi 32, D. *de regulis juris.* Il n'a, dans la société, ni état, ni existence : aussi ne le considère-t-on pas lorsqu'il est mis en liberté, comme changeant d'état, ou éprouvant le *capitis diminutio.* Comment, en effet, dit la loi 3, §. 1, D. *de capite minutis*, pourrait-on changer un état qui n'existe point, et diminuer un droit qui est dans le néant? Ce n'est, ajoute la loi suivante, qu'à l'instant même de son affranchissement, qu'il commence d'exister civilement.

Le fils de famille, au contraire, tient une place dans la société civile, *caput habet in civitate;* et sa personne est entière, *personam habet integram*, en prenant ces mots dans le sens des législateurs romains.

De là vient la division que fait la loi 4, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, des personnes qui composent la société : les citoyens, dit-elle, sont ou père de famille, ou fils de famille.

De là encore dérive l'explication des termes *capite minuti*, qu'on appliquait à l'émancipation d'un fils de famille : on disait que cet acte le faisait tomber dans un état moindre que celui qu'il avait auparavant, et qu'il souffrait en quelque sorte une diminution dans sa tête; mais cela ne s'entendait point de l'état même d'émancipé, puisqu'il était certainement plus avantageux que celui de fils de famille; on ne s'exprimait ainsi que parcequ'il fallait, pour parvenir à l'émancipation, que l'enfant fût vendu en apparence

jusqu'à trois fois, qu'on le réduisit à un esclavage imaginaire, et par conséquent qu'on lui ôtât fictivement l'état qu'il avait eu précédemment dans la société. C'est ce que la loi 3, §. 1, D. *de capite minutis* explique très-clairement par ces paroles : *Emancipato filio, capitis minutio manifestò accidit; cùm emancipari nemo possit, nisi in imaginariam servilem causam deductus.*

Ce principe est la base de toutes les décisions qui concernent la capacité d'état du fils de famille.

II. Il est certain que le fils de famille peut exercer toutes sortes de fonctions publiques. On en a vu la preuve et l'exemple dans plusieurs textes rapportés au paragraphe précédent, n° 7; et cela résulte encore de la loi 9, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt* : « Le » fils de famille (y est-il dit) est, dans les » affaires publiques, réputé père de famille. » Ainsi, il peut, par exemple, gérer une ma» gistrature ou une tutelle ». La loi 13, §. 5, et la loi 14, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, vont encore plus loin : « Si une » fils de famille (portent-elles) est élevé à la » dignité de magistrat, il pourra se servir » de son autorité pour contraindre son père, » en vertu du sénatus-consulte Trebellien, » à accepter et restituer la succession qui lui » a été laissée avec charge de fidéicommis; » car, dans tout ce qui concerne le droit » public, la Puissance paternelle n'est nulle» ment considérée ». Les lois 77 et 78, D. *de judiciis*, disent à peu près la même chose : « Dans les affaires privées, le père et le fils » peuvent être réciproquement juges l'un de » l'autre, parceque juger est une fonction » publique ».

Il paraît qu'on a dérogé à cette jurisprudence dans le comté de Bourgogne : « Nos » anciennes ordonnances (dit Dunod, *Traité* » *des Prescriptions*, page 166) portent que » nul ne peut être appelé, dans le comté de » Bourgogne, aux charges de maire, échevin, » conseiller-juré ni prud'homme dans les » villes, bourgs ou villages de la province, » qu'il ne soit majeur de vingt-cinq ans, *ou* » *du moins qu'étant hors de la communion* » *de son père, il n'administre à son vu et su* » *ses propres affaires* »; ou, en d'autres ter» mes, qu'il ne soit émancipé tacitement par » l'effet de l'habitation séparée ».

III. Le fils de famille est capable d'acquérir, et il ne le fait pas toujours au profit de son père : il est des cas où il acquiert pour lui-même, soit que son père ne veuille pas, soit qu'il ne puisse pas s'approprier ses acquisitions. On peut voir là-dessus la loi 16, §. *si pater*, et la loi 50, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*; la loi 13, §. dernier, D. *de acquirendâ hereditate*; les lois 6 et 8, C. *de bonis quæ liberis*, et l'article *Pécule*.

Ajoutons à tout cela, avec l'auteur du *Traité du droit commun des fiefs d'Alsace*, page 79, que « le fils de famille peut égale» ment être investi d'un fief; (que) suivant » les coutumes féodales, il n'acquiert cette » espèce de bien que pour lui, et le possède » de plein droit, sans que les fruits puissent » en être demandés par son père; et (que) le » fief qu'il acquiert est, pour lui, ce qu'on » appelle en droit, *peculium castrense vel* » *quasi-castrense* ».

IV. Le fils de famille peut se choisir un domicile séparé de celui de son père. *Placet etiam filiumfamiliâs domicilium habere posse.* Ce sont les termes de la loi 3, D. *ad municipalem.* La loi suivante dit précisément la même chose : *Non utiquè ibi ubi pater habuit, sed ubicunque ipse domicilium constituit.* C'est ce qu'établissent encore la loi 6, §. 1, et la loi 17, §. 11 du même titre. Et Godefroi, sur le premier de tous ces textes, dit, d'après Bertole, que le fils n'a pas besoin pour cela du consentement de son père, *etiam sine consensu patris.*

Mais ces décisions doivent être restreintes aux majeurs; car il est de principe qu'un enfant ne peut avoir dans sa minorité, d'autre domicile que celui de son père; c'est d'ailleurs ce qu'a jugé un arrêt du 7 mai 1653, rapporté par Soëfve. François Brun, âgé de dix-neuf ans, avait obtenu des lettres d'émancipation, et les avait fait entériner, malgré l'opposition de son père, à la sénéchaussée de Poitiers. Le père en interjeta appel; et, par l'arrêt cité, la cour déclara le fils non-recevable en ses lettres, et lui ordonna de retourner dans la maison de son père.

V. Le fils de famille est capable de contracter toutes sortes d'obligations. La loi 30, D. *de obligationibus et actionibus*, porte qu'il peut généralement s'obliger, comme un père de famille, *ex omnibus causis tanquàm paterfamiliâs obligatur*; et qu'on peut agir contre lui, ni plus ni moins que contre un père de famille, pour lui faire exécuter ses engagemens, *et ob id agi cùm eo tanquàm cùm patrefamiliâs potest.*

Cette capacité s'étend même aux contrats que le fils passe avec des tiers pour l'intérêt de son père. La loi 8, C. *de fidejussoribus*, en contient une disposition expresse : « Le » fils de famille (dit-elle) s'oblige efficace-

» ment, en se portant caution pour son père » dans la vente d'un fonds ». La loi 10, §. 1, D. au même titre, porte également que « le » fils de famille peut cautionner son père, » et que ce cautionnement n'est point sans » effet ».

Nos livres sont remplis d'arrêts conformes à ces textes. La Peyrère, lettre F, nº 76, édition de 1700, en rapporte deux du parlement du Bordeaux, du 24 avril 1637 et du mois d'août 1682, par lesquels il a été jugé que *le fils peut s'obliger pour toutes les affaires de son père.*

Bouvot, tome 2, au mot *Obligation*, quest. 2, fait mention d'un arrêt semblable, intervenu au parlement de Dijon, le 13 juin 1608.

Le président de Bézieux, liv. 7, chap. 3, §. 4, nous en retrace un du parlement de Provence, du 1er avril 1705, qui a décidé que « le » fils de famille mineur, obligé solidairement » avec son père, dans un arrentement qu'ils » ont pris conjointement, ne peut être relevé » de son obligation, s'il n'y a dol ou fraude de » la part du maître des biens arrentés ». En effet, dit ce magistrat, il est constant « qu'un » fils de famille, mineur, peut s'obliger avec » son père pour un fait de société. Basset, » dans ses arrêts, tome 2, liv. 4, tit. 12, » chap. 6, en rapporte deux du parlement » de Grenoble, rendus les 14 juillet 1651 » et 31 mars 1654. Par arrêt de la cour, du » 19 mars 1638, il a été jugé qu'un fils de fa- » mille, majeur, n'est pas restituable envers » l'obligation passée pour son père avec qui » il demeure, sans vérifier la force. *Elle l'a* » *encore jugé de même par arrêt du 6 juin* » 1625, par lequel deux enfans qui avaient » cautionné pour leur père dans un contrat » d'arrentement, furent déboutés de la res- » cision par eux impétrée envers ce caution- » nement, laquelle ils avaient fondée sur la » crainte paternelle ».

Vedel, sur Catellan, liv. 5, chap. 15, nous a conservé un arrêt du parlement de Toulouse, du 2 juin 1729, qui confirme de plus en plus cette jurisprudence.

« Le fils de famille (dit cet auteur) peut valablement cautionner pour son père, et s'obliger envers un autre solidairement avec lui...

» Cette maxime servit de fondement à un arrêt qui fut rendu le 2 juin 1729, à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Raymond, dans un procès où j'avais écrit pour la demoiselle Catherine Fitton, épouse du sieur Rey, marchand de Pontac en Béarn, contre Jean Fourcadelle, habitant de la Marck en Bigorre. Par cet arrêt, Fourcadelle fut démis de sa demande en rescision de trois obligations par lui consenties, étant majeur de vingt-cinq ans, solidairement avec son père, sous la Puissance duquel il était, en faveur de la demoiselle Fitton : l'une de ces obligations était causée pour semences fournies par cette créancière au père de Fourcadelle, pour ensemencer ses terres dans une année où elle alléguait que la grêle avait ravagé la récolte du blé. Ce fils fondait ses moyens de restitution sur la révérence paternelle, à laquelle il soutenait n'avoir pu résister ; mais il fut décidé, suivant la doctrine de M. de Cambolas et l'arrêt qu'il rapporte, liv. 2, chap. 12, que ce n'était pas là un moyen pertinent de rescision des obligations. L'arrêt démit Fourcadelle de ses lettres en restitution ».

La capacité du fils de famille de contracter amène nécessairement celle de recevoir les créances qui lui sont dues, et d'en donner décharge.

Le sieur Jean-Baptiste-Hyacinthe Maurin de Saint-Pons, capitaine de cavalerie, fils du sieur Jean-Hyacinthe Maurin de Saint-Pons, demeurant à Barcelonnette en Provence, épousa, le 18 mai 1753, la fille aînée du sieur Havez, directeur des ponts et chaussées du Hainaut, demeurant à Valenciennes. Il avait alors vingt-quatre ans. Le contrat de mariage fut passé le 5 du même mois; et par cet acte, le sieur Havez constitua à sa fille une dot de 54,000 livres.

La division s'étant mise quelque temps après entre le beau-père et le gendre, il fut question de savoir ce que le premier avait payé au second à compte de cette somme. Le sieur de Saint-Pons prétendait que le sieur Havez lui redevait encore 24,000 livres; le sieur Havez, au contraire, soutenait n'être plus débiteur que de 22,336 livres, et se fondait sur le paiement qu'il avait fait au sieur de Saint-Pons, mais sans l'intervention de son père, d'une somme de 1664 livres.

Le sieur de Saint-Pons répondait qu'en Provence le mariage n'émancipe point le fils de famille, que par conséquent il était toujours resté sous la Puissance paternelle, et qu'ainsi, il n'avait pas pu, quoique majeur, recevoir, sans l'aveu de son père, la moindre partie de la dot que le sieur Havez lui avait promise.

Sur ces raisons, sentence du siége échevinal de Valenciennes, le 28 juin 1762, qui donne gain de cause au sieur Havez. Le sieur de Saint-Pons en appelle ; mais elle est confirmée par arrêt du parlement de Flandre,

du 1er décembre suivant, au rapport de M. Merlin d'Étreux.

VII. La plupart des auteurs soutiennent que le fils de famille jouit, par rapport à l'aliénation des biens dont il a la pleine propriété, de la même capacité que s'il n'était pas sous Puissance de père. C'est même, disent-ils, ce que la novelle 117, chap. 1, §. 1, décide expressément à l'égard des choses qui lui sont données ou léguées sous la condition que son père n'en aura pas l'usufruit : *res autem ità relictas sive donatas positis sub Potestate personis, siquidem perfectæ sint ætatis; licet sub Potestate sint, licentiam habeant quo velint modo disponere.*

Mais la loi 7, D. *de donationibus*, contrarie absolument cette décision; car elle dit que le fils de famille ne peut point donner entre-vifs, quand même il aurait la libre administration du pécule que son père lui a confié. Le §. 2 de la même loi en excepte, à la vérité, le cas où le fils a obtenu de son père la permission de donner; mais du moins il suppose toujours qu'un fils de famille ne peut pas donner entre-vifs sans la permission de son père.

Que répond à cela Furgole, dans sa question 21 *sur la matière des donations?*

« A bien examiner ces textes, il n'ont rien (dit-il) de contraire à la résolution que nous avons établie; car ils ne parlent que du pécule confié au fils de famille, et dont il n'a point la propriété, mais la simple administration, qui ne lui attribue point le droit de donner, parceque donner c'est perdre; ce qui est contraire aux règles de l'administration, comme le dit la loi 7; en sorte que cette loi décide bien, conformément à la loi 28, §. 2, D. *de pactis*, et à la loi 3, §. 8, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, que le fils de famille ne peut pas faire des donations aux dépens des biens de son père, quoique l'administration lui en ait été accordée à titre de pécule; mais elle ne dit pas que le fils de famille ne peut pas donner les biens dont il a la pleine propriété; ce ne pouvait pas même être la vue du jurisconsulte, parceque, de son temps, le fils de famille n'acquérait rien qui n'appartînt en pleine propriété à son père, si l'on en excepte le pécule *castrense* ou *quasi-castrense*, suivant le §. 1, aux Institutes, *per quas personas cuique acquiritur*, et la loi 6, C. *de bonis quæ liberis.*

» Voilà pourquoi le fils de famille ne peut pas donner dans l'espèce de cette loi, c'est parcequ'il n'est point propriétaire; cependant afin que la donation soit bonne, il faut qu'elle soit faite par le propriétaire (loi 14, C. *de donationibus* et loi 9, §. 3, D. *eod.*); ainsi, il est incontestable que le fils de famille peut donner entre-vifs, sans la permission de son père, les biens dont il a la propriété et l'usufruit; non-seulement en vertu des lois que nous avons rapportées ci-dessus, mais encore par la loi 3, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, qui décide que les personnes libres peuvent donner : *in liberâ quidem personâ admitti potest donatio.* Or, le fils de famille *doit*, sans difficulté, être regardé comme personne libre à l'égard des biens dont il a la pleine propriété; il s'ensuit donc qu'il peut les donner sans le consentement ni la permission de son père ».

A ces raisons se joint un arrêt du parlement de Toulouse, du 23 février 1668, qui décide qu'un fils de famille majeur peut aliéner un bien adventif dont son père n'a l'usufruit qu'en vertu d'un titre étranger à la Puissance paternelle. On en trouvera l'espèce ci-après, n° 7.

Voilà ce semble, un système bien établi. Cependant, examiné de près, il n'offre, d'un côté, qu'une bigarrure dont il est difficile de croire que Justinien ne se fût pas gardé s'il eût eu vraiment l'intention de le confirmer par sa novelle 117; et de l'autre, il n'a pour base qu'une traduction infidèle du texte de ce législateur.

D'abord, concevra-t-on comment Justinien aurait pu permettre au fils de famille d'aliéner librement les biens adventifs dont il a la pleine propriété, tandis qu'il l'a déclaré, comme on le verra dans la suite, incapable de plaider, pour raison de ces mêmes biens, sans le consentement de son père? Les tuteurs, les administrations, les corps de main-morte, peuvent régulièrement plaider sans autorisation particulière, et ont les mains liées lorsqu'il s'agit d'aliéner. La capacité de plaider est donc à celle d'aliéner, comme le moins est au plus. Justinien a refusé l'une aux fils de famille; le moyen de croire qu'il ait pu leur accorder l'autre?

En second lieu, tous les auteurs qui ont soutenu cette opinion, se sont fondés sur la novelle 117, chap. 1, §. 1; ils ont cru y lire ces termes que nous avons transcrits ci-dessus, et qui sont en effet décisifs, *licentiam habeant quo velint modo* DISPONERE. « Mais (comme le remarque le président Bouhier, chap. 17, n° 3) ils ont été trompés par » ce mot *disponere*, dont s'est mal à propos » servi l'interprète latin, pour rendre le grec » διαθεῖν, qui est dans la novelle, et qui ne

» signifie qu'une simple administration. De » savans hommes, et après eux le dernier » traducteur latin des novelles, ont déjà » fait cette remarque ».

Il est donc évident que Justinien n'a accordé aux fils de famille qu'une libre administration des biens adventifs dont ils ont la pleine propriété, et, par une conséquence nécessaire, qu'il leur a refusé la faculté de les aliéner sans le consentement de leurs pères. Cette idée sera mise ci-après dans tout son jour.

Voyons maintenant ce qu'il faut décider relativement aux biens dont le père a l'usufruit par droit de Puissance paternelle.

Il est certain que toutes les dispositions du fils ne peuvent, à cet égard, préjudicier à l'usufruit du père. C'est ce que la loi 6, §. 2, C. *de bonis quæ liberis*, établit très-clairement : *nullo modo*, dit-elle, *audeat filius-familias vel filia, vel deinceps persona vetare eum cujus in Potestate sunt easdem res tenere, aut quomodò voluerit gubernare.* La possession, le maniement, le gouvernement de ces biens restent donc au pouvoir du père, malgré l'aliénation qu'en peut faire le fils de famille. On ne peut, quant à ce point, rien de plus évident ni de plus positif.

Mais l'aliénation a-t-elle son effet à l'égard du fils, et celui-ci est-il obligé de l'entretenir?

Cambolas, liv. 6, chap. 30, rapporte un arrêt du parlement de Toulouse qui a embrassé l'affirmative, en confirmant une donation faite par un fils de famille à son frère, de biens qui lui étaient échus par la mort de sa mère, quoique son père, qui en avait l'usufruit, n'y eût pas donné son consentement.

Cet arrêt paraît, au premier abord, très-exact et très-conséquent. Il est certain que les lois n'exigent pas l'*autorité*, mais le simple *consentement* du père, pour la validité des aliénations que le fils pourrait faire à son préjudice. On en trouve d'ailleurs une preuve bien claire dans la loi 7, §. 3 et 5, D. *de donationibus.*

Il n'est pas moins vrai que ce consentement est requis, non pour lever l'incapacité qu'on pourrait supposer dans la personne du fils, mais uniquement par rapport à l'intérêt du père. C'est ce qui résulte de la loi 39, D. *de obligationibus et actionibus*, qui, suivant ce qu'on a vu plus haut, déclare que le fils de famille peut s'obliger pour toutes sortes de causes, *in omnibus causis.* La loi 7, §. 1, D. *de donationibus*, fait entendre clairement la même chose, en décidant que le fils de famille, à qui son père a confié la libre administration d'un pécule, peut donner entre-vifs, même sans la permission de son père, pourvu qu'il le fasse par un motif raisonnable : *Quid ergò si justâ ratione motus donet, numquid possit dici locum esse donationi? Quod magis probabitur.*

Le §. 3 du même texte n'est pas moins décisif : il porte que, si un père confie un pécule à son fils constitué en dignité, *senatoriæ vel cujus alterius dignitatis*, ce fils peut donner sans la permission de son père, à moins qu'il n'en ait reçu une défense expresse ; ce qui assurément suppose bien que le fils n'est point, par état, incapable d'aliéner, et que, si, en général, il a besoin, à cet égard, du consentement de son père, ce n'est point pour l'habilitation de sa personne, mais uniquement pour l'intérêt du père lui-même.

Il paraît donc qu'on doit adapter ici la distinction entre les nullités absolues et les nullités relatives ; et appliquer aux fils de famille qui aliènent des biens dont leurs pères ont l'usufruit, ce que nous avons dit à l'article *Nécessité jurée*, §. 5, des propriétaires d'Artois, de Boulonnais, ou de Ponthieu, qui vendent, échangent ou donnent leurs biens patrimoniaux sans le consentement de leurs héritiers présomptifs.

Mais toutes ces raisons ne sont que spécieuses, et elles viennent échouer contre un texte très-précis. La loi 8, §. 5, C. *de bonis quæ liberis*, établit nettement que le fils de famille ne peut pas transférer à d'autres la nue propriété de ses biens soumis à l'usufruit paternel ; et elle fait sentir qu'elle ne dispose de la sorte que pour l'intérêt même du fils : *Filiis autem familias, in his duntaxat casibus in quibus usufructus apud parentes constitutus est, donec parentes vivunt, nec de iisdem rebus testari permittimus, neque citrà voluntatem eorum quorum in potestate sunt, ullâ licentiâ eis concedendâ dominium rei ad eos pertinentis alienare, vel hypothecæ titulo dare, vel pignori adsignare. Melius est enim coarctare juveniles calores? ne cupidini dediti tristem sentiant exitum, qui eos post dispersum expectat patrimonium.* Voilà donc une preuve sans réplique que la nullité d'une pareille aliénation n'est pas seulement relative au père; cette nullité peut donc être alléguée par le fils, et par ses héritiers ou ayant-causes, comme par le père même.

C'est ce qu'a jugé *in terminis* un arrêt du parlement de Toulouse, du 23 février 1668, rapporté, en ces termes, par Catellan, liv. 5, chap. 28.

« En 1643, le nommé Gasc fils baille par échange, au nommé Guirbal, deux arpens de terre, pour en jouir par Guirbal après le

décès de Gasc père, pour lequel Gasc fils réserve l'usufruit; Guirbal baille en contre-échange purement et simplement certains biens, et il est convenu qu'il sera mis des bornes aux deux arpens baillés par Gasc.

» En 1644, Gasc père et fils vendent tous leurs biens à Boyer. Gasc père meurt en 1649 ».

Procès entre les deux acquéreurs. Boyer soutient 1° qu'il doit être préféré, en vertu de la loi *quoties*, parcequ'il a été mis le premier en possession; 2° que d'ailleurs l'échange fait par Gasc fils en faveur de Guirbal, est nul par le défaut du consentement de son père, et que telle est la disposition textuelle de la loi 3, §. 5, C. *de bonis quæ liberis*.

Guirbal répond qu'il a été mis en possession avant Boyer, puisque la réserve d'usufruit stipulée dans l'acte passé entre lui et Gasc fils, équivaut à une tradition et en a tous les effets:

« Il ajoutait (ce sont encore les termes de » Catellan) que l'aliénation faite en sa fa» veur par l'échange, était bonne quoique » le consentement de Gasc père n'y fût pas » intervenu; parcequ'il soutenait que Gasc » fils était émancipé, et que son père, en le » mariant, lui avait donné, entre autres » biens, les deux arpens de terre, sous la » réserve de l'usufruit pendant sa vie ».

Par l'arrêt cité, le parlement de Toulouse ordonne que les parties feront preuve, dans le mois, de leurs faits respectifs touchant la priorité de la mise en possession, et que, dans le même délai, « Guirbal justifiera l'émancipa» tion de Gasc fils avant l'échange de 1643, » ou que la pièce de deux arpens avait été » donnée par Gasc père à son fils, dans le con» trat de mariage ».

Par cet arrêt (continue Catellan), on est demeuré d'accord de deux décisions:

« La première, que la tradition qui se fait par la rétention de l'usufruit, n'est pas considérée en la décision de la loi *quoties*, et que le second acheteur, qui se trouvera plutôt en la réelle et actuelle possession de la chose achetée, doit être préféré au premier acheteur, à qui la même chose avait été premièrement vendue sous la réserve de l'usufruit, par les raisons rapportées par Ferrière, sur la question 112 de Guy-Pape.

» La seconde décision est que le fils de famille peut vendre et aliéner les biens à lui donnés dans son contrat de mariage par son père, quoique le père en eût réservé l'usufruit, et cette vente peut être faite sans le consentement du père; le fils de famille devient le maître absolu des biens que son père lui donne en le mariant: si le père réserve l'usufruit, cet usufruit ne lui appartient plus *jure patriæ Potestatis*, mais par réservation, comme si un donateur étranger l'eût réservé; le fils, par conséquent, peut vendre la propriété des biens à lui donnés, l'usufruit demeurant tout entier au père pendant sa vie. La loi dernière, C. *de bonis quæ liberis*, ne prohibe l'aliénation que des biens dont le père a l'usufruit par le droit naturel de la Puissance paternelle ».

Il résulte bien clairement de là, comme l'observe Vedel, que l'on a considéré le consentement du père comme essentiel à la validité intrinsèque de l'aliénation que pourrait faire un fils de famille, d'un héritage chargé de l'usufruit paternel.

Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 36, déf. 4, rapporte un arrêt du sénat de Chambéry, du 1er décembre 1588, qui a jugé, sur le même fondement, qu'un fils de famille ne peut pas, en commettant un délit qui emporte confiscation, soumettre à cette peine la nue propriété des biens dont son père a l'usufruit.

Après tout, si le consentement du père est requis, comme on l'a démontré plus haut, pour l'aliénation des biens dont l'enfant non émancipé a l'usufruit et la propriété tout ensemble, à plus forte raison doit-il l'être pour celui dont il s'agit ici.

Voilà donc une exception à la capacité d'état du fils de famille, et ce n'est pas la seule: il en existe plusieurs autres qu'il est important de remarquer.

VIII. On a vu à l'article *Macédonien*, qu'un sénatus-consulte de ce nom a déclaré nulles les obligations faites pour prêt par les fils de famille, quoique majeurs. Nous ajouterons ici quelques arrêts qui en ont confirmé la disposition, et dont on n'a point parlé au même article.

Le Journal des audiences en contient un, du 21 juin 1689, qui décide, « que les billets, » lettres de change, actes obligatoires et con» sentemens extorqués des enfans de famille, » sur prétendus prêts, sont nuls; et qu'en ce » cas, le père est recevable à prendre des let» tres de rescision en son nom, pour faire cas» ser et annuler les obligations contractées » par son fils ».

Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, dit que, « dans tous les pays de droit écrit, » le sénatus-consulte Macédonien est pratiqué, » même dans ceux du ressort du parlement » de Paris, ainsi qu'il a été jugé par un arrêt » du 9 août 1692, rendu à l'audience de la » grand'chambre, dans la cause du sieur du » Coin, trésorier de France de la généralité

» de Lyon, contre Jean Morel, orfèvre de la » même ville ».

Le président Bouhier, chap. 16, n° 2, nous apprend qu'il « y a un ancien arrêt du parle» ment de Dijon, du 28 juillet 1628, qui dé» clare nulles des obligations pour prêt, pas» sées au profit de quelques particuliers, par » Georges Demaillard, fils de M. Jacques De» maillard, quoiqu'il fût majeur. Cet arrêt fut » publié à l'audience publique, avec les clau» ses des arrêts généraux, et a été suivi de » plusieurs autres parmi lesquels est très-re» marquable celui du 21 avril 1701, qui fut » rendu au profit de M. François Bichot, tré» sorier de France, contre les créanciers de » Bénigne Bichot, son fils, quoiqu'il fût pa» reillement majeur ».

Ces arrêts portent, comme l'on voit, sur la règle générale. En voici d'autres qui sont relatifs aux cas d'exception.

Le président Expilly, chap. 23, en rapporte un du parlement de Grenoble, du 3 décembre 1554, qui a rejeté l'exception du sénatus-consulte Macédonien, dans une cause où il s'agissait d'un prêt fait à un *fils de famille écolier*.

Il ne faut cependant pas, comme l'ont imaginé quelques auteurs, excepter généralement du sénatus-consulte Macédonien, tous les prêts faits à des fils de famille pendant que leurs études les tiennent éloignés de la maison paternelle. Pour réduire cette exception à sa juste valeur, rapprochons-la des textes sur lesquels on la fonde.

La loi 7, §. 13, D. *de senatus-consulto Macedoniano*, porte : « On dit communément » que le sénatus-consulte n'a point lieu dans » le prêt fait à un fils de famille absent pour » cause d'étude; mais cela doit s'entendre » avec la restriction, pourvu que le prêt n'ex» cède pas de justes bornes, et soit renfermé » dans la quantité d'argent que le père était » accoutumé de fournir à son fils ».

La loi 5, C. *ad senatus-consultum Macedonianum*, déclare que « l'autorité du sénatus» consulte Macédonien n'empêcha pas la ré» pétition de l'argent qui a été prêté à un fils » de famille dans un temps où il voyageait pour » cause d'étude, ou était en ambassade chez » un peuple étranger, lorsque le prêt lui a été » fait pour subvenir à ses dépenses nécessai» res que la piété paternelle ne peut pas désa» vouer; mais, qu'en ce cas, l'obligation du » fils n'est exécutoire contre le père que jus» qu'à concurrence de son pécule ».

La loi 47, §. 1, D. *de solutionibus*, nous offre une disposition qui trouve naturellement ici sa place : « Scévola pensait que l'ex» ception du sénatus-consulte Macédonien » devait cesser, lorsque le fils de famille avait » emprunté pour des besoins essentiels, quoi» qu'il eût perdu l'argent ».

On a rapporté, à l'article *Macédonien*, un arrêt du parlement de Paris, du 24 décembre 1526, qui défend aux marchands de vendre aux fils de famille aucune marchandise à crédit sans le consentement de leurs pères. Mais cette défense ne doit pas être prise à la lettre. Ecoutons Vedel sur Catellan, liv. 5, chap. 15 :

« L'exception du sénatus-consulte Macédonien ne peut avoir lieu que lorsqu'il s'agit d'un prêt d'argent comptant, ou de quelque marchandise vendue *in fraudem senatûs-consulti;* ce qui fut ainsi jugé, au rapport de M. de Saint-Laurent, à la troisième chambre des enquêtes, le 28 août 1713, entre les demoiselles d'Agel, d'une part, et Tremouille, de l'autre, dans l'espèce suivante :

» Le sieur de La Bourgade étant mineur, et sous la Puissance paternelle, prit des marchandises chez Tremouille pour s'habiller, revenant à la somme de 720 livres. Il en fit son billet à Tremouille. Celui-ci, après le décès de La Bourgade, demanda paiement de cette somme aux demoiselles d'Agel, sœurs du défunt, et ses héritières *ab intestat;* elles opposèrent à cette demande l'exception du sénatus-consulte Macédonien. Tremouille, demandeur, repoussa cette exception, en soutenant que ce n'était point le cas de ce sénatus-consulte, 1° parcequ'on n'accusait point le sieur La Bourgade d'avoir donné dans aucune folle dépense et d'être un dissipateur; 2° parceque, suivant le mémoire et le compte des marchandises vendues, il paraissait qu'elles l'avaient été à juste prix; et que d'ailleurs le marchand ne pouvait être convaincu d'avoir livré sa marchandise *in fraudem senatûs-consulti.* Sur ces raisons, les demoiselles d'Agel furent condamnées au paiement de cette somme de 720 livres, avec dépens.

» L'esprit du sénatus-consulte a été d'arrêter le cours des folles dépenses des fils de famille, et de mettre les pères à l'abri des embûches qu'un fils dissipateur et endetté pourrait tendre à sa vie, dans la vue de devenir le maître de ses biens, pour s'acquitter des obligations qu'il pourrait avoir contractées par des emprunts : c'est l'observation de la glose sur la loi 1, D. *de senatus-consulto Macedoniano*. Ainsi, dès qu'il conste qu'il n'y a point de dissipation de la part du fils de famille, et que ses obligations ont une fin légitime, comme pour s'alimenter ou se vêtir, elles doivent être autorisées, puisque le fils de famille majeur

est capable de toute sorte de contrats, *excepto Macedoniano* ».

Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, assure qu'au parlement de Provence, « on ne distingue point, et que le marchand » perd, dans tous les cas, les marchandises » qu'il a prêtées aux fils de famille sans le » consentement du père ». Il appuie cette assertion sur l'autorité de Boniface, tome 1, page 297; mais nous ne craignons pas de dire qu'elle est de toute fausseté. Il n'en faut pas d'autre preuve que les arrêts des 13 juin 1595, 25 avril 1636 et 27 janvier 1699, rapportés ci-devant, §. 3, d'après le président de Bézieux.

Il a été rendu depuis peu, au parlement de Paris un arrêt qui prouve clairement que cette cour a aussi adopté la distinction dont il s'agit.

Le sieur Jonson, fils majeur, mais soumis encore à la Puissance paternelle, parcequ'il était né et que son père était domicilié en pays de droit écrit, avait créé plusieurs billets pendant le cours des études qu'il faisait en chirurgie dans la capitale. Ces billets avaient pour objet le paiement de pièces de vins qu'il avait achetées de divers marchands de Paris. Faute de les acquitter, il fut condamné, emprisonné, et recommandé. Son père vint à son secours, et ils se réunirent pour demander, sur le fondement du sénatus-consulte Macédonien, la nullité des billets, des sentences de condamnation et de l'emprisonnement. Déboutés de leur demande par une sentence de la conservation de Lyon, ils en interjetèrent appel. La cause portée à l'audience de la grand'chambre, le mercredi 3 septembre 1777, M. l'avocat général Séguier dit que le sénatus-cousulte Macédonien ne pouvait pas empêcher l'exécution des engagemens contractés par un fils de famille relativement à son commerce; qu'il y avait au procès des preuves claires et précises que le sieur Jonson fils avait fait un commerce assez considérable de vins pendant le cours de ses études; que sa qualité d'étudiant en chirurgie n'était point exclusive de celle de marchand, ni la qualité de marchand exclusive de celle d'étudiant en chirurgie; qu'en conséquence, il y avait lieu de mettre l'appellation au néant, avec amende et dépens. L'arrêt qui intervint le même jour, adopta ces conclusions.

Il faut remarquer un autre cas où le sénatus-consulte Macédonien n'a pas lieu : c'est lorsque le fils de famille à qui on a fait un prêt, peut y faire honneur par le moyen d'un pécule, soit *castrense*, soit *quasi-castrense*, soit même *adventice*, pourvu qu'il soit exempt de l'usufruit paternel. C'est ce qui résulte des lois 1 et 2, D. *de senatus-consulto Macedoniano;* de la novelle 117, chap. 1, §. 1; et de la loi 6, *pr.* C. *de bonis quæ liberis.*

IX. Le père et le fils de famille étant réputés une seule et même personne, il ne peut exister aucune obligation civile entre l'un et l'autre. C'est ce que décident la loi 50, D. *ad senatus-consultum Trebellianum;* le §. 6, aux Institutes, *de inutilibus stipulationibus;* la loi 7, D. *de obligationibus et actionibus;* la loi 4, D. *de judiciis;* et la loi 16, D. *de furtis.*

« Et c'est (dit le président Bouhier, chap. 15, n° 17) le fondement d'un arrêt du parlement de Dijon, par lequel il fut jugé qu'il ne pouvait y avoir de bail entre le père et le fils non émancipé. On ne sera pas fâché d'en trouver ici le contenu, tel qu'il est dans un ancien recueil manuscrit d'arrêts tous en interprétation de notre coutume, qui m'est tombé entre les mains, et dont l'auteur, qui m'est inconnu, paraît avoir été homme habile.

» *Le lundi* 3 *mars* 1661, *en l'audience, fut décidé par arrêt que l'admodiation que le fils avait faite à son père de ses biens, n'était valable, attendu qu'il était en Puissance, encore que* esset major annis, quia pater et filius, fictione juris, una et eadem persona esse censentur, et nemo sibi solvit, aut per rerum naturam cùm semetipso contrahere potest. *Et fut dit résolutivement*, nonobstante juramento, in contractu locationis adhibito, quòd talis contractus non valeret, *etc.*

» L'auteur ne dit pas pourquoi ce père n'avait pas la jouissance des biens de son fils. Mais il y a apparence que c'étaient des biens qui lui avaient été donnés à condition que le père n'en jouirait pas, ou qu'ils provenaient du pécule castrense ou quasi-castrense de ce même fils, lequel était peut-être un bénéficier ».

X. La raison qui fait regarder comme nulles les obligations passées entre le père et le fils de famille, doit nous faire ranger sur la même ligne les obligations que pourraient passer entre eux des frères soumis à la Puissance du père commun. C'est ce qu'établit le président Favre (1), par des inductions tirées de la loi 38, D. *de condictione indebiti*, et de la loi 67, §. 2, D. *de ritu nuptiarum.*

XI. L'incapacité du père et du fils de famille de contracter l'un avec l'autre, emporte naturellement celle de se faire des donations entre-vifs. La loi 1, §. 1, D. *pro*

(1) *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia*, tit. 9, *pr.* 7, *illat.* 8.

donato, le décide en termes bien clairs : « Si » un père (dit-elle) donne au fils qu'il a sous » sa Puissance, et qu'ensuite il décède, la » donation ne pourra pas servir de titre au » fils pour prescrire, parcequ'elle est nulle ».

Cette décision n'est cependant pas suivie à la lettre. L'empereur Justinien y a dérogé par la loi 25, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, en assimilant les donations entre père et fils aux donations entre mari et femme, et voulant, en conséquence, qu'elles fussent, à la vérité, susceptibles de révocation, mais que, si ceux qui les auraient faites, mouraient sans les avoir révoquées, elles subsistassent et produisissent tout leur effet.

« Il faut pourtant remarquer (dit Furgole) » qu'encore que cette loi exige l'insinuation, » afin que la donation faite au fils de famille » par son père, puisse être confirmée par la » mort du donateur, lorsqu'elle excède la » somme de 500 écus, cela ne s'observe pas » au parlement de Toulouse, où l'insinuation » n'était pas requise avant l'ordonnance de » 1731, à l'égard du donateur et de ses héri- » tiers; ce qui n'a pas été changé pour ce qui » regarde les donations faites par le père à » ses enfans qui sont sous sa Puissance »; car l'art. 46 de cette ordonnance excepte des dispositions qu'elle renferme « ce qui concerne » les dons mutuels et autres donations faites » entre maris et femmes, autrement que par » le contrat de mariage, et pareillement les » donations faites par le père de famille aux » enfans étant sous sa Puissance; à l'égard » de toutes lesquelles donations (dit le légis- » lateur) il ne sera rien innové, *jusqu'à ce* » *qu'il y ait été autrement par nous pourvu* ».

Cette observation s'applique aussi au ressort du parlement de Bordeaux : l'auteur des notes sur Ricard, part. 1, n° 2257, fait mention d'un certificat des gens du roi de cette cour, dont il résulte qu'il y était d'usage, avant l'ordonnance de 1731, de ne point considérer le défaut d'insinuation, lorsqu'il était opposé par les héritiers du donateur.

Il faut encore remarquer, avec Furgole, « que, quoique la loi 25, C. *de donationibus* » *inter virum et uxorem*, fasse valoir les » donations des pères en faveur de leurs » enfans non émancipés, comme donations » entre-vifs, puisqu'elle les assujétit à la né- » cessité de l'insinuation, si elles excèdent » 500 écus, elle veut que le silence du dona- » taire ait un effet rétroactif, et qu'elles aient » leur effet du jour de leur date, lorsqu'elles » sont insinuées; que même, dans l'usage, » elles soient valables, quoiqu'on n'y ait ob- » servé que la forme prescrite pour les dona- » tions entre-vifs, et qu'on n'y ait appelé que » deux témoins : toutefois l'effet rétroactif » n'a lieu que pour le gain des fruits, qui ne » doivent être imputés ni rapportés par le fils » donataire, et nullement pour faire valoir » ces sortes de donations contre les créanciers » du donateur, ou les tiers-acquéreurs des » biens donnés, quand même elles auraient » été bien et dûment insinuées, comme le » décide Cambolas, liv. 5, chap. 6. La raison » en est que, ces donations pouvant être ré- » voquées *solâ pœnitentiâ*, on doit regarder » comme une révocation suffisante l'aliéna- » tion des biens donnés, ou des hypothèques » contractées par le donateur depuis la dona- » tion, du moins pour les assujétir à ces » hypothèques, quoiqu'elles ne révoquent » pas la donation, selon la novelle 162, chap. » 1, §. 1, comme le remarque le même au- » teur; d'autant mieux que, suivant la loi 11, » C. *de donationibus*, la donation faite par » le père à son fils non émancipé, est plutôt » une destination qu'une donation parfaite, » *destinationem magis paternæ voluntatis* » *factam, quàm perfectam donationem* ».

L'émancipation produit, à l'égard des donations dont il s'agit, le même effet que la mort du père : elle les confirme et leur ôte le caractère de révocabilité qu'elles portaient dans le temps que le fils était sous la Puissance paternelle.

La loi 31, §. 2, D. *de donationibus*, justifie cette assertion; « Le père (dit-elle) qui, ayant » donné des esclaves à sa fille pendant qu'il » l'avait sous sa Puissance, l'a émancipée sans » lui ôter son pécule, est censé confirmer, *ex* » *post facto*, la donation qui lui a été faite ».

La loi 17, C. *de donationibus*, dit la même chose : « Soit que vous ayez donné à vos » enfans après les avoir émancipés, soit que » vous leur ayez donné pendant qu'ils étaient » sous votre Puissance, et que vous les ayez » laissés, après leur émancipation, dans la » possession des choses dont vous les aviez » gratifiés, vous ne devez pas vous flatter de » pouvoir changer de volonté, et révoquer » des donations parfaites ».

Le premier de ces textes établit très-clairement que, dans l'ancien droit, la donation confirmée par le silence du père, au moment de l'émancipation, ne devait avoir lieu et produire son effet que *ex post facto*, c'est-à-dire, du moment de la ratification opérée par ce silence. Mais on a vu plus haut que Justinien en a décidé autrement pour le cas où la donation se confirme par le décès du père; et l'on doit, sans contredit, appliquer ici la décision de ce législateur. Cela résulte de la

généralité du principe sur lequel il la fonde : *Silentium*, dit-il, *donatoris vel donatricis ad illud tempus referatur quo donatio conscripta sit ; sicut et aliàs ratihabitione negotiorum ad illa reduci tempora oportet in quibus contracta sunt.*

Il y a même plusieurs cas où la donation faite par le père à son fils non émancipé, est valable dans son principe, et n'est conséquemment pas sujette à révocation.

Le premier est, suivant Paul de Castro et quelques autres auteurs, lorsque le père remet à son fils l'usufruit que la Puissance paternelle lui donne sur ses biens adventifs. Ils fondent cette doctrine sur la loi 6, §. 2, C. *de bonis quæ liberis*, qui cependant ne contient point là-dessus de disposition précise. Elle décide, à la vérité, que le père ne peut pas se faire restituer par son fils les fruits qu'il lui a permis de percevoir sur ses biens adventifs : mais conclure de là qu'il ne puisse pas révoquer pour l'avenir une permission de cette espèce, c'est, ce semble, aller trop loin ; la loi ne le dit pas : et quelle raison y a-t-il d'étendre jusque-là sa disposition ?

Catellan, liv. 2, chap. 46, après avoir rendu compte d'un arrêt de 1677, par lequel il a été jugé que les fruits perçus par le fils de famille, en conséquence d'un pareil consentement, ne sont pas sujets au rapport (ce qu'a également décidé un arrêt du parlement de Pau, qu'on trouvera sous les mots *Rapport à succession*, §. 4, n° 8), fait sur ce point une distinction remarquable. Il commence par transcrire les termes dont Justinien s'est servi dans le texte cité, et ensuite il ajoute :

« Dans cette loi, la tolérance du père, et la rémission tacite qu'il fait de l'usufruit à lui appartenant, est comparée à une donation ; ce qui fournit une objection, d'autant que toute donation faite par le père à son fils est sujette au rapport.

» Mais à cela il est répondu que cette tolérance et cette rémission tacite du père ne sont pas une donation d'un usufruit déjà acquis, mais une simple renonciation à un usufruit qu'il pouvait acquérir s'il eût voulu, et dont il se départ pour laisser jouir pleinement son fils des biens qui lui appartiennent, de quoi les légitimaires ne peuvent pas se plaindre. La tolérance du père acquiert donc les fruits à son fils, et quoique régulièrement les donations que les pères font aux enfans qu'ils ont sous leur Puissance, puissent être révoquées et ne soient confirmées que par la mort, je crois néanmoins qu'il n'est plus permis à ce père de révoquer, quant au passé, la donation ou rémission journalière qu'il a faite de ces fruits à ce fils ; mais il lui est sans doute permis de reprendre cet usufruit, quand bon lui semble, pendant sa vie, pour l'avenir.

» Ainsi, la donation faite par le mari à sa femme, qui n'est confirmée que par la mort, peut être révoquée par le mari ; mais cette révocation ne donne point au mari le droit de demander les fruits de la chose que la femme a perçus, suivant la loi 15 et les deux suivantes, D. *de donationibus inter virum et uxorem*. De même la patience du père qui laisse jouir son fils des fruits des biens qui lui appartiennent en propre, les lui acquiert irrévocablement, mais seulement pendant le temps que cette patience a duré : mais, si le père a remis à son fils cet usufruit pour toujours, cette rémission vaut et ne peut être révoquée par le père, suivant l'avis de Paul de Castro sur cette constitution de Justinien ; et c'est une différence notable entre la renonciation expresse et la tacite ».

Le deuxième cas où les auteurs regardent communément la donation faite par le père à son fils non émancipé, comme valable dans son principe, et par conséquent irrévocable, est lorsqu'elle consiste dans une chose mobilière, et qu'elle a pour objet d'aider un fils militaire dans les dépenses qu'il est obligé de faire à l'armée. C'est ce qu'établissent Schneidewin, sur les Institutes, titre *de donationibus*, n° 72, et après lui Furgole, sur l'ordonnance de 1731, art. 46.

Le troisième cas, est, suivant les mêmes jurisconsultes, celui où le père donne à son fils pour acquérir une dignité.

Ils en ajoutent un quatrième : c'est lorsque la donation est faite pour cause d'études ; mais ce dernier point est fortement combattu par le président Favre, *de erroribus pragmaticorum*, décade 41, erreur 7.

Le cinquième cas, s'il faut en croire l'opinion vulgaire, est lorsque la donation est rénumératoire. Mais c'est une erreur qu'a entièrement pulvérisée le savant magistrat que nous venons de citer.

Le sixième cas remarqué par les auteurs, offre quelque chose de plus exact : c'est celui d'une donation faite à une fille pour cause de dot ; on prétend qu'elle est irrévocable, et cela est vrai dans la thèse générale. Le père est obligé de doter sa fille ; comment pourrait-il, après l'avoir fait, revenir sur ses pas, et révoquer une disposition qui n'est que le paiement d'une dette légale ?

Mais cette irrévocabilité n'a-t-elle lieu qu'en faveur du mari, et la fille peut-elle s'en pré-

valoir contre son père, après la dissolution du mariage?

Il est certain, suivant le droit civil, que la dot retourne au père lorsque la fille à qui il l'avait constituée, se trouve encore sous sa Puissance au moment du décès du mari. Mais ce retour n'est qu'imparfait: le père ne peut recevoir le remboursement de la dot, que du consentement exprès ou tacite de la fille, comme la fille ne peut se la faire rendre sans le concours de son père. C'est ce qu'établissent la loi 2, §. 1 et 2, la loi 3, la loi 22, §. 1, la loi 34 et la loi 37, D. *soluto matrimonio*; les lois 2, 7 et 17, C. au même titre, et la novelle 97, chap. 6, §. 1.

D'où vient cette nécessité du consentement simultané du père et de la fille? Ce n'est pas que le père ne reprenne la propriété de la dot; mais c'est parcequ'aux termes du chap. 5 de la novelle 97, il est obligé, en cas de convol de sa fille à un second mariage, de la lui constituer de nouveau, et que par conséquent la fille a intérêt de veiller à la conservation de cette partie du patrimoine de son père.

Le concours des deux consentemens ne serait plus requis, si la fille, après s'être mariée pendant qu'elle était sous la Puissance paternelle, se trouvait émancipée au moment de la dissolution du mariage, ou même de la restitution de la dot. Dans ce cas, elle la recevrait seule sans difficulté, et ni le père ni ses héritiers n'y pourraient rien prétendre. C'est la disposition expresse de la loi 31, §. 2; de la loi 44, et de la loi pénultième, §. 2, D. *soluto matrimonio*; et cela seul prouve bien nettement que la donation à titre de dot, *est, pour la fille non émancipée, un titre valable et habile à la rendre propriétaire des biens qui y sont compris.*

Nous avons dit que le père reprend la dot en toute propriété, lorsque la fille est encore sous sa Puissance, au temps de la restitution qui s'en fait. Il résulte de là que, si la fille ne se remarie pas avant le décès du père, elle ne pourra pas la réclamer dans sa succession comme une chose qui lui appartienne. C'est ce que le président Favre (1) démontre très-bien par des inductions tirées de la loi 35, D. *familiæ erciscundæ*.

Le septième cas où les auteurs font valoir la donation d'un père à son fils non émancipé, est lorsqu'elle est faite en faveur du mariage de celui-ci.

Ce n'est point dans le droit romain qu'il faut chercher la justification de cette doctrine: on n'y trouve au contraire rien qui ne la condamne formellement. C'est ce que le président Favre (1) a très-bien prouvé contre l'opinion commune des interprètes. Mais, comme il l'observe lui-même, l'usage de tous les pays de droit écrit a prévalu sur ses raisons: *Usu ipso, jam ità invalescente ut nec dubitetur ampliùs an valeant, præsertìm si juratæ proponantur, quasi quod ratio juris nunquàm permissura fuerat, nostris nunc moribus obtentum aut potiùs extortum videatur.*

Ricard dit à peu près la même chose dans son *Traité des donations*, part. 1, n° 299: « L'usage du royaume a encore introduit une » voie particulière et qui n'était pas connue » du droit romain, par laquelle la donation » du père au fils qui est sous sa Puissance, a » effet dans les provinces du droit écrit, où » le droit d'autorité paternelle est encore en » vigueur: c'est à savoir lorsque la donation » est faite par contrat de mariage. Nos mœurs » ont eu tant de considération pour les conventions faites dans cette espèce de contrat, » qu'elles les ont rendues susceptibles de toutes sortes de pactions, quoique contraires » aux lois du pays; et les provinces de droit » écrit ont, en cette occasion, aussi bien » que les autres, dérogé à leurs lois, pour se » rendre conformes à l'esprit général de la » France en une matière qui est le principal » objet de la vie civile, et en laquelle tous les » peuples d'un état doivent être également » réunis ».

D'Olive, liv. 3, chap. 30, dit que « cette » maxime donne sujet de douter si une donation, qui était faite par le père à son fils, en » faveur du mariage qu'il disait se devoir contracter avec une fille nommée dans l'acte, » était bonne et valable, sans pouvoir être » révoquée, parceque cette donation n'était » pas incorporée dans les pactes de mariage, » qui ne furent passés ni le mariage célébré » que quatre mois après cette donation. Mais » (continue d'Olive) après partage de la première chambre des enquêtes (du parlement » de Toulouse), à la deuxième, il fut conclu » le 18 décembre 1596, pour la validité de » cette donation (parceque le mariage en » avait été la vraie cause finale), *quia matrimonium fuerat causa finalis hujus donationis, et in vim illius subsecutum fuerat* ».

Mais, si le mariage en faveur duquel le père a donné à ses enfans non émancipés,

(1) *Conjectur., lib. 7, cap. 12.*

(1) *De erroribus pragmaticorum, decad. 41, err. 2 et 4.*

demeure en projet et ne s'effectue pas, la donation rentre dans le droit commun, et devient sujette à révocation. C'est ce qu'ont jugé trois arrêts du parlement de Toulouse, des 13 juillet 1636, 3 septembre 1637, et 10 décembre 1638, rapportés par d'Olive, liv. 3, chap. 30.

XII. Aux incapacités que nous avons vues jusqu'à présent dériver de l'état du fils de famille, il faut ajouter celle d'ester en jugement, sans l'aveu de son père, dans les causes relatives à ses biens adventifs.

C'est ce qui résulte nécessairement de la loi 8, C. *de bonis quæ liberis*. On voit, dans ce texte, que, lorsqu'un père refuse d'accepter une hérédité déférée à son fils, et que par là il se prive du droit d'en avoir l'usufruit, c'est le fils qui en recueille tous les avantages, et qui en supporte tous les risques; et alors, dit l'empereur Justinien, « le juge doit obliger le père de donner à son fils le consentement dont il a besoin pour plaider, soit en » demandant, soit en défendant, de peur » qu'un jugement n'ait l'air d'être valable » sans le concours du père ». Le législateur ajoute que cette disposition est bornée au cas où le fils est majeur, et que, s'il s'agissait d'un mineur, il pourrait, sur le refus de son père d'agir pour lui, se pourvoir devant le juge, et demander qu'il lui fût nommé un curateur.

Cette loi prouve bien évidemment qu'en cette matière, le fils de famille majeur n'est pas plus capable d'ester en jugement qu'un mineur, et que son incapacité n'est pas uniquement fondée sur l'intérêt du père. Il y a cependant quelques auteurs qui enseignent le contraire (tels sont notamment Guy-Pape, quest. 54, et ses annotateurs), mais leur opinion doit céder à un texte aussi formel.

A l'égard des causes étrangères aux biens adventifs du fils de famille, il faut distinguer: ou elles concernent son pécule, soit castrense, soit quasi-castrense, ou elles se rapportent à d'autres objets.

Dans le premier cas, le fils peut plaider seul, tant en demandant qu'en défendant, parcequ'il est à cet égard réputé père de famille.

Dans le second cas, il ne lui faut ni consentement ni autorisation de son père pour plaider en défendant: c'est ce que prouvent la loi 39, D. *de obligationibus et actionibus*, et la loi 37, D. *de judiciis*. « Le fils de famille » (porte l'une) peut s'obliger pour toutes » sortes de causes, comme un père de famille; » et, par cette raison, on peut agir avec lui » comme avec un père de famille. Dans les » contrats (dit l'autre), comme dans les délits, » le fils de famille est sujet à toutes les pour» suites judiciaires ». La loi 8, D. *de procuratoribus*, fait entendre la même chose, lorsqu'elle déclare en général que le fils de famille peut constituer procureur en défendant: *ad defendendum quoque poterit filiusfamilias procuratorem dare*.

Mais que doit-on décider par rapport aux actions dans lesquelles le fils de famille est demandeur?

Le dernier des textes que nous venons de citer insinue clairement qu'il y a là-dessus quelques distinctions à faire. Le fils de famille (y est-il dit) peut constituer procureur, même en demandant, pourvu que ce soit dans des causes où il puisse agir lui-même: *filiusfamilias et ad agendum dare procuratorem potest, si quæ sit actio quâ ipse experiri potest.*

Pour mettre ceci dans tout son jour, distinguons les matières criminelles d'avec les matières civiles.

D'abord, on ne doute point que le fils de famille ne soit capable de prendre seul la voie extraordinaire pour la poursuite d'un délit public. C'est ce qu'établit Godefroy sur la loi 5, §. 4, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*. Les termes de ce jurisconsulte sont aussi clairs que précis: *in publicis judiciis filius potest accusare, invito patre;* et la loi sur laquelle il s'explique de la sorte, justifie nettement sa doctrine: voici comment elle est conçue: « si le fils de famille a accusé un » testament de faux, doit-on refuser une nou» velle action au père? Je crois que, s'il a » intenté son accusation malgré son père, » on ne doit pas refuser à celui-ci l'action » qu'il a de son chef ». La loi 37, D. *ad legem Juliam de adulteriis*, n'est pas moins formelle: « Il est décidé par une constitution expresse, » qu'un fils de famille n'a pas besoin du con» sentement de son père pour intenter con» tre sa femme l'action publique d'adultère. » La raison en est qu'il ne fait en cela que » poursuivre la vengeance d'un affront qui » lui est personnel ».

En est-il de même des délits privés?

La loi 9, D. *de obligationibus et actionibus*, semble assurer l'affirmative, en donnant pour règle générale, que le fils de famille peut exercer l'action d'injure sans l'intervention de son père; mais cette disposition est restreinte par la loi 8, D. *de procuratoribus*, par la loi 18, §. 1, *de judiciis*, et par la loi 17, §. 10, D. *de injuriis*, au cas où le père est absent, ou hors d'état de faire connaître sa volonté; et, comme il n'y a, à cet égard,

aucune raison de différence entre l'injure et les autres délits que les Romains appelaient *privés*, il est hors de doute que tous ces textes doivent s'appliquer à ceux-ci comme à celle-là.

Remarquons cependant que cette distinction entre les délits privés et les délits publics, n'est plus connue dans nos mœurs, et que l'autorisation paternelle n'est pas actuellement plus nécessaire au fils de famille pour les uns que pour les autres.

C'est ce qu'attestent Bugnyon, *des lois abrogées*, liv. 1, chap. 188; Christin, son annotateur; Guy-Pape, question 54; et Boucheul sur la coutume de Poitou, art. 318.

Le président Bouhier, chap. 16, n° 29, en rend le même témoignage : « cette distinction » (dit-il) a été abolie en France, où, de tous » les délits qui se poursuivent criminellement, » il n'y en a plus de purement privés, les par- » ties publiques y étant toujours nécessaire- » ment jointes aux instigans. Ainsi, l'autorité » du père n'y est pas nécessaire au fils de fa- » mille. Nous le pratiquons ainsi dans tout le » ressort de notre parlement; et il y en a eu un » arrêt donné à la chambre des enquêtes, où » je présidais, le 11 janvier 1724, au rapport » de M. Lantin, qui valida la procédure cri- » minelle qui avait été faite entre Guillaume- » Antoine de Montalivet, seigneur de Saint- » Maurice-de-Gourdans, en Bugey, accusé » d'outrages et de voies de fait, à la poursuite » de Henri Coindre, fils de famille, non au- » torisé de son père ».

Il y a apparence que le fils de famille dont il s'agissait dans l'espèce de cet arrêt, était majeur : en serait-il de même dans le cas où le plaignant se trouverait à la fois enchaîné dans les liens de la Puissance paternelle et dans ceux de la minorité?

Il est certain qu'en général, un mineur ne peut pas ester en jugement sans être autorisé de son père, lorsqu'il est fils de famille, ou assisté d'un curateur lorsqu'il est émancipé; mais aussi il est décidé, par la loi 14, C. *de procuratoribus*, que cette incapacité n'est introduite qu'en sa faveur, et qu'elle ne peut jamais servir de prétexte pour casser un jugement rendu à son avantage. D'après cela, il paraît qu'à la vérité, on ne doit pas admettre un fils de famille mineur à rendre plainte sans l'autorité de son père ou du juge, parceque ce serait exposer l'accusé au risque de recommencer la procédure, si les suites en étaient défavorables au plaignant; mais que si, dans le fait, on a une fois admis sa plainte, et rendu en conséquence un jugement avantageux pour lui, la partie condamnée ne peut pas se prévaloir de la minorité de son accusateur, pour faire annuler la procédure.

Il y a plus : l'accusé ne pourra pas même, dans le cours de l'instruction, faire prononcer la nullité de tout ce qui a été fait contre lui, sur la requête d'un fils de famille mineur, si, dans l'intervalle de la plainte au jugement, celui-ci était devenu majeur, et avait, en cet état, fait quelques procédures d'où l'on pût induire une ratification tacite de ce qui aurait précédé de sa part. Le parlement de Dijon l'a ainsi jugé par deux arrêts des 15 décembre 1732 et 11 mars 1754, rapportés dans le *Code criminel* de Serpillon, page 1502.

On trouve dans le même recueil, page 381, une observation remarquable sur les plaintes rendues en matière criminelle par des fils de famille; elle est conçue en ces termes :

« Quoique le fils de famille majeur puisse se plaindre en justice sans l'autorité du père, comme il vient d'être dit, le père peut transiger sur la plainte du fils, malgré lui : c'est ce qui a été décidé à l'audience criminelle du parlement de Dijon, le 21 mars 1691.

» Nicolas Séguenot avait donné un soufflet à Marguerite Vacherot, fille majeure, demeurant avec son père; il fut convenu verbalement entre les deux pères, qu'il n'en serait fait aucune poursuite : la fille ne laissa pas d'en informer, elle instruisit même la procédure par contumace. Séguenot, en ayant appelé, fut admis à la preuve testimoniale de l'accommodement fait par les pères : il la fit, tant par la déposition de quelques témoins, que par la déclaration de M. Pérard, conseiller aux requêtes du palais, qui avait été médiateur.

» La cour réformant, mit les parties hors de cour, et n'adjugea pas même les dépens de la contumace; ils furent tous compensés ».

Le sénat de Chambéry a jugé la même chose, par un arrêt du 4 mars 1594. Le président Favre, qui le rapporte dans son Code, liv. 8, tit. 33, déf. 2, remarque avec raison, qu'il en serait autrement, si le père s'était rendu méprisable et en quelque sorte diffamé par des procédés bas et vils; il appuie cette restriction sur la loi 17, §. *interd.* D. *de injuriis*.

Reste à savoir si, en matière civile, le fils de famille majeur peut intenter une action personnelle sans le consentement de son père.

On a déjà vu qu'il ne le peut pas lorsqu'il s'agit de son pécule adventif, et qu'au contraire il en est capable quand il est question de son pécule castrense ou quasi-castrense. Il

ne peut donc plus y avoir de difficulté que par rapport aux actions relatives au pécule profectice. Or, la loi 9, D. *de obligationibus et actionibus*, met en principe qu'il ne peut pas les intenter lui-même, à la réserve de trois qu'elle spécifie, et qui sont la réintégrande, l'action de prêt à usage et celle de dépôt : *Filiusfamiliâs suo nomine nullam actionem habet, nisi injuriarum, et quod vi aut clàm, et depositi et commodati.*

La raison de la règle générale établie par ce texte, est que le fils de famille ne peut, dans la gestion de son pécule profectice, rien faire sous son propre nom de ce qui donne lieu aux actions personnelles; car s'il vend, s'il engage, s'il loue les biens qui composent ce pécule, c'est au nom de son père qu'il le fait; et, par conséquent, c'est au nom du père seul que doivent être intentées les actions qui dérivent de ces actes.

Aussi n'est-il pas défendu au fils de famille d'exercer lui-même ces actions au nom de son père : mais il faut, pour cela, qu'il en ait un pouvoir spécial, si ce n'est en certains cas extraordinaires et pressans, où l'attente d'une procuration du père exposerait ses propres intérêts, et où il y a, comme on le dit ordinairement, péril dans la demeure. C'est ce que portent la loi 18, §. 1, D. *de judiciis*, et la loi 12, C. *de procuratoribus*.

Mais pourquoi a-t-on excepté de cette règle générale la réintégrande et les actions de dépôt et de prêt à usage?

C'est, à l'égard de la réintégrande, parcequ'elle ne peut avoir lieu par rapport à un bien appartenant au pécule profectice, sans que le fils de famille ait souffert personnellement une violence, et qu'il est juste de lui laisser le droit d'en poursuivre lui-même la réparation.

Quant aux actions de dépôt et de prêt à usage, le motif de l'exception est que le fils de famille peut déposer et prêter sous son nom une chose qui fait partie de son pécule profectice, parceque ces actes ne transfèrent ni propriété, ni possession, ni droit quelconque, et ne peuvent, en aucun cas, préjudicier au père. On peut voir, à ce sujet, les lois 8 et 9, D. *commodati;* la loi 18, §. 1, D. *depositi;* et le président Favre, dans sa *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia*, tit. 9, *princip.* 6, *illat.* 7.

Il faut observer, en finissant le détail de tout ce qui concerne la faculté d'ester en jugement, que, dans le cas où le fils de famille ne jouit pas de cette faculté, il ne peut pas éluder la loi qui la lui ôte, en passant un compromis. C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Provence, du 24 février 1707, rapporté dans le recueil de Bézieux, liv. 7, chap. 3, §. 1.

XIII. Une des incapacités les plus remarquables que produit la Puissance paternelle dans la personne des enfans, est celle de contracter mariage sans le consentement du père. Le droit romain renfermait là-dessus bien des dispositions, qui ont été en partie modifiées, et en partie étendues par les ordonnances de nos rois. *V.* l'article *Empêchemens de mariage*.

La prohibition de se marier malgré le père, emporte celle de contracter des fiançailles sans son aveu. C'est la disposition expresse de la loi 7, §. 1, D. *de sponsalibus*.

Mais, si le fils de famille se trouvait dans un des cas où les lois dispensent son mariage de la nécessité du consentement de son père, il ne pourrait pas alléguer le défaut de ce consentement pour faire annuler les fiançailles qu'il aurait formées de sa propre autorité. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts, l'un du parlement de Paris, et l'autre de celui de Toulouse.

Par le premier, rendu en 1712, et rapporté dans les *conférences de Paris sur le mariage*, M. Maynon, conseiller au parlement, fut condamné à soixante mille livres de dommages-intérêts envers la demoiselle de Chabannes de Plonsac, pour l'inexécution d'une promesse de mariage qu'il lui avait faite. En vain se prévalut-il de l'opposition de son père : il ne fut point écouté, parcequ'il était majeur, et qu'il avait obtenu contre celui-ci plusieurs sentences et un arrêt par défaut, qui l'autorisaient à se marier.

Le second arrêt nous a été conservé par Catellan, liv. 4, chap. 63 :

« Le sieur de Fondegré (dit ce magistrat), fils d'un avocat de Toulouse, âgé de trente-deux ans, après avoir fait trois actes à son père, passe un contrat de mariage avec la demoiselle de Fournoly, fille d'un marchand apothicaire. Le père ayant d'abord formé son opposition, les choses demeurent en cet état pendant deux ans, au bout desquels le père étant mort après avoir fait testament, par lequel, ayant institué héritier son fils, il le prive de son hérédité au cas qu'il épouse cette demoiselle. Fondegré fils, ayant contracté de nouvelles fiançailles avec une autre personne, la demoiselle Fournoly se pourvut contre lui en dommages-intérêts, et fut déboutée par sentence du sénéchal de Toulouse.

» Sur l'appel, on disait, pour justifier ce jugement, que les arrêts qui condamnent

aux dommages et intérêts, sont contre des personnes libres; et non contre des fils de famille, qui sont sans doute excusables s'ils ne veulent pas accomplir le contrat de mariage contre la volonté de leur père.....; qu'il n'était pas juste que, pour épouser l'appelante, de basse condition et de petite fortune, Fondegré contrevint à la volonté de son père, et fût privé de son hérédité, suivant le testament qui l'en privait, au cas qu'il accomplît ce mariage.

» Il était répliqué par l'appelante, que l'appelé, pour être fils de famille lors du contrat de mariage, ne devait pas moins les dommages et intérêts; qu'il suffisait qu'il fût alors âgé de trente-deux ans, et qu'il eût fait trois actes à son père, après lesquels il pouvait se marier librement contre sa volonté, et qu'il fût *sui juris*, et dégagé de la Puissance paternelle pour ce qui concerne le mariage, particulièrement en ce cas, où il n'y avait pas grande différence de condition; qu'ainsi, les pactes de mariage dont il s'agissait, étaient bons et valables, et obligatoires au temps même qu'ils avaient été passés...;

» Sur ces raisons, intervint arrêt, le 9 janvier 1680, par lequel Fondegré a été condamné à payer à ladite Fournoly, pour ses dommages et intérêts, la somme de deux cents livres, que la cour jugea suffisante, par rapport à la condition de la fille et à sa fortune, et à la dot qu'elle avait constituée, qui était très-modique ».

XIV. Il faut encore mettre au nombre des exceptions à la capacité d'état du fils de famille, la défense que lui font les lois de donner à cause de mort, sans le consentement de son père, et dont elles ne paraissent le dispenser que par rapport à son pécule castrense ou quasi-castrense.

Voici ce que portent les §. 4, 5 et 6 de la loi 7, D. *de donationibus :*

« La raison qui empêche le fils de famille de donner entre-vifs, l'empêche également de donner à cause de mort; car, quoiqu'il puisse donner, même de cette dernière façon, lorsque son père le lui permet, il ne peut pas le faire sans cette permission.

» Il faut même remarquer que la permission générale n'emporte point celle de donner à cause de mort; et qu'il faut, à cet égard, une permission particulière.

» Tout cela a lieu dans les biens ordinaires; quant à ceux qui ont un pécule castrense ou quasi-castrense, ils sont, par état, capables de donner et entre-vifs et à cause de mort; ils jouissent même à cet égard de la faction testamentaire ».

Ces décisions suffisaient, au temps où elles ont été écrites, pour résoudre toutes les difficultés qui pouvaient se présenter sur cette matière. On ne connaissait alors au fils de famille que deux sortes de pécules, le *profectice* et le *castrense* ou *quasi-castrense*. Ainsi, en décidant qu'il pouvait donner à cause de mort les biens compris dans le second, et qu'il n'avait pas la même faculté par rapport à ceux du premier, on avait tout dit, tout prévu, tout décidé. Mais les lois du Code et les novelles ont introduit un troisième pécule, qu'on a appelé *adventice;* elles en ont assuré la propriété au fils, et l'usufruit au père; elles ont même marqué certains cas où le fils doit en être à la fois propriétaire et usufruitier; et de là est venue la question de savoir s'il peut ou non les donner à cause de mort, sans le consentement de son père.

On convient généralement que la négative n'est susceptible d'aucun doute, relativement aux biens adventifs, dont le père a l'usufruit; c'est même ce que paraît décider la loi 8, §. 5, C. *de bonis quæ liberis.*

Mais la plupart des auteurs soutiennent le contraire, par rapport aux biens de la même nature qui sont dans la pleine propriété du fils. Tels sont, entre autres, Bartole sur la loi 8, C. *de bonis quæ liberis ;* Perès sur le Code, titre *de mortis causâ donationibus*, n° 18; Romanus, dans son conseil 512; Fachinée, liv. 5, chap. 25; Godefroi, sur la loi 3, C. *qui testamenta facere possunt ;* Jason, sur la loi *nemo* du même titre; Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, rubr. 7, §. 12, gl. dernière, n° 8; le président Favre, *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia,* tit. 8, *princip.* 3, *illat.* 4; Ricard, *des donations,* part. 1, n^os^ 277 et 279.

Furgole adopte ce sentiment dans sa question 22 *sur la matière des donations*, et détaille toutes les raisons sur lesquelles on l'appuie.

« Nous nous fondons premièrement (dit-il) sur ce que la loi 7, §. 4, D. *de donationibus,* dit en termes exprès qu'il est défendu au fils de famille de donner à cause de mort, par la même raison qu'il lui est défendu de donner entre-vifs : *Pari autem ratione quâ donare filiusfamilliâs prohibetur, etiam mortis causâ donare prohibetur ?*

» 2° De là il suit que, tout comme il n'y a point d'incapacité dans la personne du fils de famille, qui l'empêche de donner à cause de mort, ainsi ce n'est point l'autorité, mais la permission ou la volonté du père qui est requise, suivant l'expression des lois qu'on vient de citer; et que (tout comme il lui

était défendu de donner entre-vifs, à cause qu'il n'avait rien en propriété, excepté le pécule castrense ou quasi-castrense, à raison duquel toute donation lui était permise, et que la simple concession du pécule pour l'administrer, n'attribuait pas le droit de donner, comme nous l'avons établi dans la question précédente), il en doit être de même à l'égard de la donation à cause de mort, puisque la prohibition de l'une et de l'autre est fondée sur la même raison. Or, la raison prise du défaut de propriété, qui était le motif de cette prohibition, et qui faisait que le consentement du père était requis, cessant, depuis que, par la loi *cùm oportet* 6, C. *de bonis quæ liberis*, la propriété des biens adventifs du fils de famille n'est pas acquise au père; que même, suivant la novelle 117, chap. 1, §. 1, le fils de famille peut avoir des biens dont son père n'ait pas l'usufruit, outre le pécule castrense ou quasi-castrense; il faut par conséquent que la prohibition cesse, et que le père n'ayant plus aucun droit sur cette espèce de biens, sa permission ne soit point requise pour la validité de la donation à cause de mort faite par le fils de famille, puisqu'il n'en souffre aucun préjudice sur ses biens.

» 3° La donation à cause de mort est considérée comme un contrat *quoad ejus initium et ordinationem*, suivant les docteurs cités par Grassus, §. *donatio causâ mortis*, *Cap. de mortis causâ donationibus*, n° 18. Le fils de famille peut faire toutes sortes de contrats sans le consentement de son père (loi 67, D. *de judiciis;* et loi 39, D. *de oblig. et actionib.*). Il peut donc donner à cause de mort. La novelle 117, chap. 1, §. 1, a levé toutes les difficultés sur cette matière; car elle a permis aux fils de famille de disposer à leur gré des biens qui leur appartiennent en propriété et usufruit, *licentiam habeant quo velint modo disponere*, sans que le consentement du père soit requis en aucune façon; ainsi, c'est une formalité qui n'est plus nécessaire par le droit nouveau ».

Ainsi raisonnent Furgole et avec lui tous les partisans de son avis.

L'opinion contraire ne manque pas de sectateurs; mais, comme ils ne se déterminent pas tous par les mêmes motifs, il faut les passer en revue chacun séparément.

Barry, *de successionibus*, liv. 1, tit. 7, dit que le fils de famille ne peut, en aucun cas, donner à cause de mort sans le consentement de son père, parceque ce consentement est requis, dans les actes de cette nature, comme une solennité essentielle; et selon le langage des docteurs, *ad integrandam personam filii*. Mais cette raison a été si solidement réfutée par Fachinée, qu'il ne paraît pas possible de la défendre; on peut même ajouter aux moyens de cet auteur une considération qui lui est échappée : c'est que, si le consentement du père était nécessaire pour l'habilitation de la personne du fils, l'acte passé sans ce consentement, serait perpétuellement nul, comme on l'établira ci-après, §. 5. Il est néanmoins décidé par la loi 1, §. 1, D. *de legatis* 3°, que, si, après la mort du père, il n'est pas révoqué par le fils, il ne laisse pas de subsister. On ne peut rien de plus décisif.

Le président Favre, qui, dans son ouvrage intitulé *de erroribus pragmaticorum* (Décad. 33, err. 6 et 7), a abandonné l'opinion qu'il avait soutenue dans sa *Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia* pour embrasser celle de Barry, s'est fondé sur un autre principe qu'il avait puisé dans quelques anciens auteurs. Il a prétendu que, dans les règles, nul ne peut donner à cause de mort, s'il n'a le droit de tester; et il a conclu de là que le fils de famille ne pouvant faire de testament, il ne pouvait aussi faire de donation à cause de mort, du moins de son chef; car, a-t-il ajouté, les lois qui lui ont permis de donner de cette manière, du consentement de son père, supposent que c'est du père que dépend toute la force des donations, et que c'est lui qui est le véritable donateur, puisque les choses données lui appartiennent.

Mais cette opinion, quoique soutenue avec tout l'esprit et toute l'érudition possibles, ne peut être mise qu'au rang des erreurs dans lesquelles l'excès de subtilité a quelquefois entraîné le président Favre. Le droit ancien, qui a permis au fils de famille de faire des donations à cause de mort, du consentement de son père, ne les considérait pas proprement comme des dispositions de dernière volonté; il les assimilait plutôt aux contrats, et la loi 38, D. *de mortis causâ donationibus*, y exigeait la tradition et l'acceptation, comme dans les donations entre-vifs. Il pouvait donc bien être défendu au fils de famille de tester sans que cette prohibition tirât à conséquence pour les donations à cause de mort.

Le président Bouhier, chap. 17, a tout à la fois soutenu le même sentiment que les deux auteurs dont nous venons de parler, et démontré invinciblement que l'opinion contraire n'est fondée sur rien de solide. On a vu plus haut que Furgole la fait entièrement rouler sur ces termes de la novelle 117, *licentiam habeant quo velint modo disponere*, termes qui semblent en effet pouvoir être entendus de la donation à cause de mort. Mais nous l'avons

déjà dit, ils ont été trompés par le mot *disponere*, qu'un interprète mal adroit avait substitué au mot grec διοικειν, lequel ne caractérise qu'une simple administration; et une preuve certaine que cette novelle n'a point étendu jusqu'aux donations à cause de mort, le pouvoir qu'elle a accordé, par les termes cités, aux fils de famille, c'est qu'elle ne leur permet de l'exercer que lorsqu'ils sont majeurs, *si quidem perfectæ sint ætatis;* au lieu que les donations à cause de mort pouvaient être faites dès l'âge de puberté, par toutes les personnes qui n'en étaient d'ailleurs *incapables* à aucun autre titre.

Quel peut donc être le motif de la nécessité du consentement paternel aux donations de cette espèce, lorsque le fils de famille veut les employer à la disposition des biens adventifs dont il a la pleine propriété?

Le voici, répond le président Bouhier:

« On sait que chez les Romains, dans l'origine, le fils ne pouvait rien avoir en propre, et que tout ce qu'il acquérait, appartenait au père sans aucune exception. Depuis, il s'en introduisit une en faveur du pécule *castrense* ou *quasi-castrense;* mais la règle resta dans son entier pour le pécule profectice, dont le père était censé lui laisser l'administration jusqu'à ce qu'il la lui eût ôtée. Or, la permission d'administrer ne comprend pas la liberté de passer toutes sortes d'actes; elle doit naturellement se restreindre à ceux que le père aurait vraisemblablement permis. Par cette raison, le fils de famille n'avait pas la liberté de faire des donations entre-vifs de ce pécule, parceque donner, c'est perdre; et le pécule ne lui avait pas été accordé à cette intention.

» Par la même raison encore, si le père lui avait permis de donner entre-vifs, cela ne pouvait être étendu aux donations à cause de mort; car ces sortes de permissions sont de droit étroit et rigoureux. Tel était le droit ancien; et quoique, par le nouveau, les fils de famille aient acquis la propriété de certains biens, avec une pleine liberté de les administrer, néanmoins les lois n'ont rien changé à la forme de cette administration, ni au reste de l'autorité des pères pour ce regard. Telle est la vraie raison pour laquelle il a été établi que le fils de famille ne peut donner à cause de mort, non pas même les biens dans lesquels le père n'a ni propriété ni usufruit. Les lois qui en ont ôté l'utile au père, n'ont pas voulu le priver de l'inspection naturelle qui lui appartient sur la conduite de son fils. Elles ont d'ailleurs voulu forcer les enfans à prendre le conseil et l'agrément des pères, dans des choses aussi importantes que le sont les donations entre-vifs ou à cause de mort; et, sur le même fondement, elles ont exigé que le fils ne comparût pas en jugement pour raison des mêmes biens, sans le consentement de son père, afin que ce dernier pût l'y assister de ses conseils.

» De plus, on peut dire que les pères ne sont pas en cela tout-à-fait sans un intérêt réel. Car, comme les fils de famille ne peuvent faire de testament, et qu'à l'égard des donations à cause de mort, ils n'en sauraient faire sans l'aveu des pères, il s'ensuit que ces derniers sont intéressés à la conservation des biens de leurs enfans, puisqu'en cas de mort, ils doivent naturellement y succéder ».

C'est une question si le fils de famille peut, en cas d'absence ou de refus, se faire autoriser par le juge pour donner à cause de mort.

La raison de douter est fondée sur deux considérations; la première, qu'on ne trouve rien dans les lois concernant les donations à cause de mort, qui permette le recours du fils de famille au juge, pour remplacer par son consentement, celui que son père lui refuse ou ne peut pas lui donner; la seconde, qu'il semble dangereux d'accorder cette liberté aux jeunes gens, surtout dans les pays de droit écrit, où l'on peut disposer de ses biens aussitôt qu'on atteint l'âge de puberté.

« Il me semble néanmoins (dit le président Bouhier) que plusieurs choses concourent pour accorder ce recours aux fils de famille, je veux dire, *l'équité*, la décision des lois dans *des cas semblables*, et le sentiment des jurisconsultes.

» A l'égard de l'équité, elle est tout évidente. Car si l'on refusait aux enfans ce recours au juge, il faudrait souvent de deux choses l'une: ou qu'ils fussent forcés de disposer au gré des pères, ou à leur profit, contre leur propre volonté; ou qu'ils perdissent le droit, qui leur est acquis par les lois, de pouvoir disposer de leurs biens par la voie de la donation à cause de mort, extrémités qui sont également dures et injustes.

» Les lois nous ont elles-mêmes tracé la route que le fils de famille doit prendre en de semblables cas: car, encore qu'elles aient ordonné que le fils ne puisse agir en justice, soit en demandant ou en se défendant, sans la permission de son père, elles ont néanmoins décidé qu'en cas de refus de la part du père, il peut y être contraint par le juge: *Necessitate, per officium judicis, patri imponendâ, tantummodò filio consentire vel fugienti*, etc. Elles ont encore accordé aux

enfans le même remède dans une autre occasion, savoir, quand le père refuse d'autoriser son fils mineur, pour accepter une succession; car, en ce cas, elles permettent à ce dernier de recourir au juge, afin de lui donner un curateur pour la régie des biens de cette succession : *Nolente autem patre res filii gubernare propter causæ necessitatem, habeat facultatem filius adire competentem judicem, et ab eo petere curatorem hereditati dari*, etc. Elles n'ont donc pas voulu que les pères abusassent de la Puissance paternelle, jusqu'à faire perdre à leurs enfans des droits qui leur étaient justement acquis. Or, il y a autant de raison d'empêcher les pères d'en abuser, lorsqu'il s'agit de priver leurs enfans de donner à cause de mort.

» Pour ce qui est des docteurs, ils conviennent tous que la permission du père peut être remplacée par celle du juge. Il est vrai qu'ils ne parlent que du cas où ils croient que le père ne peut pas l'accorder, parcequ'il s'agit d'une donation à son profit, et non du cas où il refuse son consentement. Mais si le juge a droit d'y suppléer dans un cas, je ne vois pas pourquoi il ne l'aurait pas dans un autre. Il est même plus important de lui donner cette autorité, quand le père refuse sans raison de donner son consentement à un pareil acte, puisqu'il est question de réparer un tort que ce père veut faire à son fils. En un mot, les lois ci-dessus citées ayant accordé ce secours aux enfans dans le cas d'un pareil refus, il y a une justice entière d'en faire l'application aux donations, comme le reconnaissent de grands jurisconsultes, dont l'opinion me paraît la plus conforme aux règles.

» Si nous en cherchons même des exemples, nous en trouverons un dans ce qui se pratique en Catalogne, au sujet d'un statut du pays, qui veut que les fils de famille ne puissent passer aucune espèce de contrat sans le consentement des pères. Car, en cas de refus de ces derniers, ils peuvent se faire autoriser d'office par le juge, en connaissance de cause; et c'est l'usage constant de cette province.

» Nous en avons encore un autre exemple domestique : c'est celui de la femme mariée, laquelle ne saurait, par notre coutume, disposer de ses biens par aucun acte de dernière volonté, sans la licence et l'autorité de son mari; et cependant, en cas qu'il refuse de l'autoriser, elle peut se pourvoir en justice pour avoir cette permission. Or, il n'y a pas plus de raison de la lui accorder qu'au fils de famille; et par conséquent nous devons en user de même pour l'un et l'autre.

» Il semble donc qu'on doive appliquer au fils, en cas d'absence du père, la même règle que nous suivons à l'égard de la femme, en cas d'absence du mari. Cette règle est marquée dans l'art. 130 des cahiers dressés pour la réformation de notre coutume; car il porte que, *si le mari se trouve absent de longue absence, et que la femme soit pressée de faire un contrat, tester, ou disposer de ses biens, tellement que l'affaire ne puisse être différée sans péril, en ce cas la femme pourra recourir à la justice, pour être autorisée.*

» Cela paraît même nettement décidé par les lois, à l'égard du fils de famille; car elles veulent que, s'il est éloigné de son père, il puisse agir en justice, sans attendre sa permission, si c'est pour affaire pressée : *Si filiusfamilias, legationis vel studiorum causâ, aberit, et damnum passus sit, placet posse eum utili judicio agere; ne dùm pater expectatur, impunita sint maleficia*, etc. Cette décision paraît expresse; et, si elle ne parle pas de la permission du juge, c'est qu'elle est supposée dans toute poursuite qui se fait en justice.

» Il serait, à la vérité, dangereux de permettre aux fils de famille de disposer de leurs biens, surtout lorsqu'ils se trouvent éloignés de leurs pères, si cela s'accordait sans avoir constaté le refus des pères, et par conséquent sans les avoir avertis du dessein de leurs enfans. Mais comme la permission du juge ne saurait se donner qu'en connaissance de cause, et après que les pères ont pu déduire leurs raisons, s'ils le jugent à propos, il n'y a aucun inconvénient à laisser aux juges la liberté d'y pourvoir suivant leur prudence. Si cela cause du retard aux dispositions des enfans, il n'y a qu'eux qui en souffrent; mais ils doivent s'imputer de ne s'y être pas pris plus tôt, pour avoir la permission de disposer de leurs biens.

» Et, quant à ce qu'on dit que cela peut faire naître des contestations entre les pères et les enfans, je ne vois pas qu'il y ait en cela plus d'inconvéniens qu'à l'égard des femmes mariées, qui sont dans le même cas en cette province, par rapport à leurs maris. D'ailleurs, quelque parti qu'on prenne, il y a des inconvéniens de tous côtés ».

Une autre question non moins importante, est de savoir si le fils de famille peut faire, au profit de son père et de son consentement, une donation à cause de mort.

La négative a plusieurs partisans, et tel est notamment Guy-Pape quest. 223, où il

où il rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, du 14 août 1459, qui l'a formellement adoptée. Sa raison est que le consentement du père est essentiel pour habiliter la personne du fils, *ad integrandam personam filii;* qu'on ne doit pas le considérer comme une *simple permission,* mais comme une véritable *autorité;* qu'ainsi, il n'y a, à cet égard, aucune différence entre le concours du tuteur aux actes passés par son pupille, et le concours du père à la donation à cause de mort faite par son fils; que le tuteur ne peut certainement pas autoriser son pupille pour un acte dans lequel il a intérêt, puisque, comme dit la loi 1, D. *de auctoritate et consensu tutorum, nemo in rem suam auctor esse potest;* que par conséquent on doit dire la même chose du père, relativement aux donations à cause de mort faites par son fils.

Mais, on le voit clairement, un faux principe égare les sectateurs de cette opinion.

Nous avons déjà dit que le consentement paternel n'est point requis sur cette matière, pour l'habilitation de la personne du fils, et cela est de la plus grande évidence. Les lois qui en parlent, notamment la loi 7, §. 4, D. *de donationibus,* et la loi 25, §. 1, D. *de donationibus mortis causâ,* se servent seulement des mots *Volonté* et *Permission,* EX VOLUNTATE PATRIS, PERMITTENTE PATRE; ce qui diffère essentiellement de *l'autorisation* que les lois exigent de la part d'un tuteur envers son pupille.

Nous voyons dans la loi 1, §. 2, D. *de tutelis,* qu'un muet ne peut être tuteur, *quia auctoritatem præstare non potest;* et cependant la loi 5, D. *de acquirendâ hereditate,* et la loi 1, D. *de verborum obligationibus,* portent qu'il peut faire tous les actes pour lesquels il ne faut qu'un simple consentement.

Une autorisation doit toujours être insérée dans le corps de l'acte auquel elle se réfère: le §. 2, aux Institutes, *de auctoritate tutorum,* y est exprès. Le simple consentement, au contraire, peut être donné avant ou après l'acte, comme l'établissent Tiraqueau, *de legibus connubialibus,* gl. 6, n° 5; Evrard, *consil.* 8; Alexandre, *lib.* 6, *consil.* 106; et Balde sur la loi 1, C. *de sacrosanctis ecclesiis.* C'est même ce qui se pratiquait chez les Romains par rapport aux donations à cause de mort des fils de famille. Cicéron, dans son Traité des lois, liv. 2, n° 20, nous apprend s'il suffisait, pour la validité de ces actes, que le père les ratifiât après coup: *Quod in familiâ, dit-il, in ejus donatione qui ipsius protestate esset, approbavit, ratum est. Quod, eo* INSCIENTE, *factum est,* SI ID IS NON APPROBAT, *ratum non est.*

C'est donc une erreur manifeste d'appliquer au consentement paternel sur la matière des donations à cause de mort, des lois qui ne parlent que de l'autorisation proprement dite; et il y a de l'absurdité à en conclure que le père ne peut pas recevoir de son fils une libéralité de cette espèce.

Aussi les arrêts intervenus depuis celui que rapporte Guy-Pape, ont-ils invariablement confirmé ces sortes de dispositions.

Il y en a deux du parlement de Toulouse, l'un du 7 février 1586, inséré dans le recueil de Maynard, liv. 5, chap. 3; et l'autre du 15 septembre 1593, rapporté par Cambolas, liv. 1, chap. 45.

De Bézieux, liv. 5, chap. 4, §. 9, nous en retrace un semblable rendu au parlement de Provence, le 20 décembre 1620.

Bouhier dit que le parlement de Dijon a toujours jugé de même.

« Les arrêts (continue-t-il) en sont rapportés par les commentateurs de notre coutume (1); et en dernier lieu, la même chose a été jugée dans une affaire dont voici l'espèce:

» Claude et Gabriel Lavirotte, fils de Claude Lavirotte, marchand à Nolay, étant en âge de puberté, avaient fait, au mois de mars 1712, sans la permission de leur père, une donation à cause de mort mutuelle et réciproque, au profit l'un de l'autre, de tous les biens qui leur étaient échus par la mort de leur mère. Peu après, Gabriel Lavirotte étant tombé malade, fit une autre donation à cause de mort, de tous ses biens au profit de son père présent et l'autorisant, avec révocation de toute disposition précédente. Le donateur étant mort, et ensuite son père, aussi bien que Claude Lavirotte, son frère, il y eut procès pour la succession de Gabriel, entre Jeanne Lavirotte, sa sœur germaine, héritière de Claude son frère, laquelle demandait l'exécution du don mutuel du mois de mars 1712, contre les enfans d'un second lit de Claude Lavirotte père, lesquels, en qualité de ses héritiers universels, demandaient l'effet de la seconde donation. La sentence du bailliage de Beaune ayant prononcé en leur faveur, Jeanne Lavirotte en interjeta appel; et, outre les moyens de droit, elle ne manqua pas de faire valoir celui de fait, résultant de ce que cette seconde donation tendait à faire passer les biens de sa mère aux

(1) *V.* Taisand, tit. 6, art. 3, note 2.

enfans d'un second lit. Néanmoins, par l'arrêt donné à la chambre des enquêtes où je présidais, le 19 juillet 1726, la cour mit l'appellation au néant, au rapport de M. Bagin le fils; en cela, elle décida deux questions importantes: la première, que les fils de famille, en Bourgogne, ne peuvent faire de donation à cause de mort, sans la permission de leur père; la seconde, qu'une pareille donation faite par le fils à son père, et de son consentement, est bonne et valable, quoique ce consentement soit intervenu dans l'acte même ».

Mais est-il essentiel que le consentement du père intervienne expressément dans les donations à cause de mort qui sont faites à son profit?

Si l'on consulte les docteurs qui croient ce consentement nécessaire pour l'habilitation du fils de famille (1), ils répondront qu'il doit être exprimé par l'acte même, à peine de nullité. Mais cette doctrine, outre qu'elle est déjà détruite par le passage de Cicéron que nous avons cité, est diamétralement opposée aux principes les plus universellement admis touchant la matière dont le simple consentement doit être donné. Les lois que nous avons rapportées sur la question de savoir si un muet peut être tuteur et contracter, prouvent invinciblement que le consentement diffère de l'autorisation, en ce que l'un peut être tacite, et que l'autre doit toujours être expresse; et cette différence se fait sentir bien évidemment dans ces termes de la première Catilinaire de l'orateur romain: *Cur auctoritatem loquentium expectas, quorum voluntatem tacitorum perspicis?*

Tenons donc avec le président Bouhier, que « l'acceptation faite par le père, de la donation » de son fils, surtout de son vivant, suffit » pour la rendre valide; et quoique Bartole » (continue ce magistrat) ait dit que cela ne » suffit pas, *nisi appareat filium in eâdem* » *voluntate persistere*, je croirais le contraire, par la maxime constante qu'on ne » présume point dans les hommes le changement de volonté, s'ils n'en ont point donné » des marques »; maxime qui est consacrée formellement par la loi 12, D. *de probationibus*.

Il y aurait plus de difficulté, ajoute le président Bouhier, si le père n'avait accepté la donation qu'après la mort de son fils:

« Car (dit-il encore) les docteurs tiennent communément qu'une telle acceptation ne vaut rien, et que par conséquent le père ne pourrait se prévaloir de la donation. Voici sur quoi ils se fondent.

» Ils supposent, comme un principe certain, que, pour rendre cette donation valide, il faut, non-seulement le concours des volontés du donateur et de son père, mais encore que cette dernière se manifeste dans un temps où l'on puisse aussi s'assurer de la persistance du fils. Or, comme cela ne se peut plus après la mort de ce fils, ils en concluent que la donation qui était nulle dans son origine, ne peut plus être validée; car l'effet rétroactif du consentement du père ne saurait avoir lieu qu'en feignant que le concours des volontés s'est fait au même instant, ce qui ne peut se faire en cette occasion, parceque la fiction n'a jamais lieu que quand, dans les deux temps, les parties se trouvent également habiles à contracter, suivant la règle: *In fictione translativâ requiritur habilitas extremorum; id est, quòd omnia sint in eodem sensu, ità ut actus possit de novo fieri* ».

Il faut convenir que, si ce raisonnement était l'unique moyen dont on pût appuyer l'opinion qu'expose ici le président Bouhier, il ne faudrait pas balancer à la rejeter:

« Car je ne vois pas (continue ce magistrat), sur quoi l'on fonde que le consentement du père doit intervenir dans un temps où la donation puisse se faire. Où est la loi qui le prescrit de la sorte? On n'en cite aucune, et on le prouve seulement par une prétendue règle de fiction, que de savans hommes traitent d'imaginaire. *Illa extrema habilia*, dit un jurisconsulte moderne, d'après M. Coras, et quelques autres, *sunt deliramenta interpretum, et parietibus pictæ nebulæ quæ magnas effuderunt tenebras.*

» D'ailleurs, on n'a besoin de recourir à la fiction que quand il est nécessaire qu'une chose faite en un temps, paraisse faite en un autre. Puis donc que le consentement du père a pu être fait après l'acte, inutilement voudrait-on feindre qu'il est intervenu au temps de l'acte, ou supposer même un nouveau concours de volontés, dans le temps qu'il n'est question que de celle du père. Ainsi, rien n'est plus frivole que cet argument tiré de la règle des fictions ».

Faut-il donc abandonner l'opinion dont il s'agit, et regarder comme valable une donation à cause de mort que le père n'accepte qu'après la mort du fils, qui la lui a faite?

Le président Bouhier soutient l'affirmative, et n'omet rien pour convaincre ses lecteurs où i

(1) Barry, *de successionibus, lib.* 1, *tit.* 7, n° 9; Julius Clarus, *sentent. lib.* 4, §. *donatio, quæst.* 6, nos 5, 6 et 7.

Mais, nous ne craignons pas de le dire, il s'est égaré lui-même dans des subtilités éblouissantes, et qui toutes viennent se briser contre ce dilemme :

Ou le père est héritier des biens que son fils lui a donnés à cause de mort, ou il ne l'est point.

Dans le prmier cas, la question est inutile.

Dans le second, l'héritier est, au moment du décès du fils, saisi par la loi de la propriété de ces biens, parcequ'il n'y en a point eu de disposition valable. Comment un tiers, comment le père pourrait-il l'en dépouiller par une acceptation tardive? Ce qui nous est une fois acquis, dit une règle de droit, ne peut plus nous être ôté sans notre fait.

On objectera, sans doute, que l'héritier est tenu des faits du défunt, comme des siens propres; qu'ainsi, le bien sortant du patrimoine de l'héritier en vertu d'une donation à cause de mort dont le défunt a gratifié son père, on ne peut pas dire que cela s'opère par le fait d'un tiers.

Mais cette objection n'est qu'un vain sophisme et une pétition de principe. Il est certain que, dans une succession, tout se règle par l'état des choses au moment de la mort de celui à qui il s'agit de succéder. Or, en ce moment, il existe, à la vérité, une donation à cause de mort; mais elle est destituée d'une formalité sans laquelle tout le monde convient qu'elle ne peut valoir. Comment cette formalité pourrait-elle se remplir après le décès du fils, après l'ouverture de sa succession, après que les droits de son héritier sont déterminés par la loi?

Ce n'est pas tout : si le consentement du père, donné après la mort du fils, pouvait valider une donation faite à son profit, il faudrait nécessairement qu'il produisît le même effet à l'égard d'une donation faite en faveur d'un étranger. Or, il ne paraît pas que Bouhier ni aucun auteur veuille aller jusque-là; c'est donc le cas de dire : *falsum consequens, ergò et antecedens.*

Il y a plus encore : donner une vertu aussi efficace au consentement tardif du père, soit qu'il s'agisse d'une donation faite au profit d'un étranger, c'est vouloir que le sort de la donation dépende entièrement de lui; c'est dire que lui seul peut l'anéantir comme la confirmer; car il est de principe, que *ejus est nolle cujus est velle* : c'est, en un mot, lui laisser le droit exclusif d'attaquer sa vente; c'est attribuer à son silence un effet le la loi n'accorde qu'à son consentement; in réduire l'héritier à la nécessité de son concours, pour annuler une donation faite à un tiers.

Il n'est pas besoin, sans doute, d'insister sur toutes ces conséquences, pour en faire sentir le faux. Nous avons démontré ci-devant, que le père n'a pas le droit exclusif d'arguer de nullité les dispositions entre-vifs de son fils, et que tout tiers intéressé y est recevable : il n'en faut pas davantage ici; car probablement on ne prétendra point que les donations à cause de mort soient plus favorables de la part d'un fils de famille que les aliénations faites par des contrats proprement dits.

Mais répondons directement aux objections du président Bouhier.

Voici la première :

« Dès que le consentement du père n'est point requis *ad integrandam personam filii*, il est évident que cette formalité n'a été introduite que pour l'intérêt, soit réel, soit honoraire du père; en sorte que le défaut de consentement n'emporte pas une nullité absolue de l'acte, mais seulement une nullité respective qui n'empêche pas que l'acte ne soit bon en soi, quoiqu'il soit sujet à être annulé dans la suite.

» Or, c'est un axiome certain parmi les jurisconsultes, que ce défaut peut être toujours réparé par un consentement postérieur ».

Nous convenons que le consentement du père n'est point requis par forme d'autorisation, et qu'il peut intervenir après coup : les lois citées plus haut ne permettent pas d'en douter; mais il n'en est pas moins vrai que l'intérêt du fils, et conséquemment de ses héritiers *ab intestat*, est entré pour beaucoup dans les vues du législateur qui a exigé ce consentement. La loi 8, §. 5, C. *de bonis quæ liberis*, nous en fournit une preuve non équivoque. Elle déclare que les fils de famille ne peuvent aliéner leurs biens adventifs sans l'aveu de leurs pères, *citrà voluntatem eorum quorum in potestate sunt*, et elle en donne cette raison : *Melius est enim coarctare juveniles calores, ne cupidini dediti tristem sentiant exitum, qui eos post dispersum expectat patrimonium.* Voilà bien l'intérêt du fils présenté comme le motif déterminant de la défense qui lui est faite de disposer entre-vifs sans le consentement de son père; et, s'il en est ainsi dans les aliénations qui exproprient le fils même, pourquoi l'intérêt de ses héritiers (1) ne

(1) On dit *ses héritiers;* car, suivant la jurisprudence même du Code dont est tirée la loi que nous examinons, le père ne succède pas seul au fils qu'il a

serait-il pas considéré dans les donations à cause de mort, qui les dépouillent ? Or, d'après cela, que devient l'argument de Bouhier ? Les héritiers du fils peuvent-ils être moins recevables à faire annuler une donation à cause de mort, qu'une disposition entre-vifs ; et, puisque le défaut du consentement du père avant la mort du fils, leur assure incommutablement le droit d'attaquer celle-ci, pourquoi n'en serait-il pas de même à l'égard de celle-là ?

Mais dit le président Bouhier, « la donation » à cause de mort du fils de famille, faite sans » l'aveu de son père, n'est certainement pas » plus nulle que le testament d'un homme » qui a prétérit l'un de ses enfans ; et cepen- » dant Papinien a décidé que, si le fils a ac- » quiescé aux volontés de son père, elles ne » laissent pas de subsister ».

Tout ce qui peut résulter de cet exemple, c'est que l'approbation donnée par les héritiers aux dispositions illégales du fils de famille à qui ils succèdent, en couvrirait absolument la nullité. Nous n'avons garde de contester une vérité aussi constante ; mais elle n'influe nullement sur notre question.

« Pareillement (continue le président Bou- » hier), quelque nul que soit le prêt fait au » fils de famille, contre la disposition du sé- » natus-consulte Macédonien, il devient va- » lide par le consentement subséquent du » père, en quelque temps qu'il soit prêté : » *quemadmodùm si, ab initio, voluntate pa-* » *tris, filiusfamilias pecuniam creditam ac-* » *cepisset*, dit la loi dernière, C. *ad sena-* » *tus-consultum Macedonianum*. Pourquoi » cela ? Parceque cette espèce de prêt n'étant » nulle que par rapport au préjudice qu'en » peut recevoir le père, cette nullité s'éva- » nouit par l'approbation qu'il y donne pos- » térieurement ».

Nous avons prouvé que le consentement du père aux donations à cause de mort faites par son fils, est en partie nécessité par l'intérêt même de ce dernier. Ainsi, point de conséquence à tirer ici du sénatus-consulte Macédonien, dont l'objet unique est de punir ceux qui prêtent aux enfans non émancipés, et de veiller à la sûreté des pères, c'est-à-dire, de mettre leurs têtes à l'abri des attentats qu'inspiraient autrefois à des fils dénaturés, les poursuites dont ils étaient menacés par leurs créanciers.

« Enfin (ajoute le président Bouhier), la » jurisprudence s'est déclarée pour la suffi- » sance de l'approbation donnée après la mort » du fils, la question ayant toujours été jugée » en notre parlement en faveur des pères, » non-seulement pour les donations à cause » de mort des fils de famille, mais même pour » leurs testamens, depuis que les arrêts de » la cour leur ont permis d'en faire de la » même manière qu'ils pouvaient faire de » ces sortes de donations ».

Mais où est la preuve de cette jurisprudence, qui, après tout, ne pourrait pas être étendue hors de la Bourgogne ? Le président Bouhier croit la trouver dans trois arrêts qu'il rapporte.

« Le premier (dit-il) est un arrêt du 5 juil- » let 1623, rendu au parlement de Paris » dans une cause évoquée du nôtre, en cette » espèce. Elisabeth Catherine, fille de M. Ca- » therine, conseiller au parlement de Dijon, » étant sous sa Puissance, et âgée de 27 ans, » fait son testament, par lequel elle insti- » tue son père héritier universel. Après sa » mort, Jeanne Catherine, sa sœur, soutint » que ce testament était nul. Néanmoins il » fut confirmé au parlement de Paris, quoi- » qu'il eût été fait sans permission de son » père ».

Mais qu'on lise dans le recueil de Bardet, tome 1, liv. 1, chap. 116, les plaidoyers qui ont été prononcés dans cette cause, et les conclusions qu'y a données le ministère public, on verra que notre question n'y a point été agitée, et que l'arrêt a seulement décidé que la Puissance paternelle n'empêchait point les fils de famille de tester en Bourgogne, décision que nous examinerons ailleurs. Aussi le président Bouhier convient-il que *ce préjugé ne peut pas être tiré à conséquence.*

Le deuxième arrêt sur lequel ce magistrat se fonde, a été rendu au parlement de Dijon, le 3 juillet 1652, dans ces circonstances.

« N. Bourée avait un fils en sa Puissance, lequel, étant âgé d'un peu plus de quatorze ans, fit, sans la permission de son père, un testament olographe, par lequel il l'institua son héritier, et, à son défaut, ses frères d'un second lit, avec la clause qu'il voulait que son testament eût effet, soit comme tel, ou comme donation à cause de mort, ou de telle autre manière que ce fût. Le sieur Le Mulier, son oncle maternel, opposa contre cette disposition plusieurs nullités, qui se réduisaient à ces deux principales : l'une que le testateur n'avait point eu le consentement de son père pour tester : l'autre où il

sous sa Puissance ; il partage avec la mère, les frères et les sœurs. *V.* la loi 7, C. *ad senatus-consultum Tertullianum.*

ce père avait usé de violence pour le forcer à disposer à son profit.

» Sur cela, la cour, avant que de faire droit, ordonna que Le Mullier prouverait les faits de force et d'intimidation qu'il avait articulés. En quoi elle préjugea que, si ces faits se trouvaient faux, le testament serait bon et valable ».

Mais qui nous assurera que le motif de cet arrêt n'a point été le même que celui de l'arrêt du parlement de Paris, du 5 juillet 1623 ? Ce qu'il y a de vrai, c'est que l'auteur d'après qui le président Bouhier le rapporte, « s'est (comme il le dit lui-même) persuadé » qu'il avait pareillement décidé qu'en Bourgogne le consentement du père n'était pas » nécessaire pour la validité du testament de » son fils pubère ».

Le troisième arrêt est du 7 juillet 1659 : il a confirmé le testament d'un fils de famille, fait sans le consentement de son père; et cela, dit Taisand, qui le rapporte dans son Commentaire sur la coutume de Bourgogne, parceque ce testament était au profit du père même. C'est aussi le motif que lui prêtait un avocat contemporain dont le président Bouhier parle avec éloge. Cependant il est obligé de convenir que « quelques autres avocats, » comme Nicolas Perrier, l'ont entendu au» trement ».

Voilà donc à quoi se réduit cette prétendue jurisprudence invoquée pour la défense d'une opinion contraire aux saines maximes : à trois arrêts, dont l'un est absolument étranger à la question, et dont les deux autres ne présentent que des décisions incertaines dans leurs motifs. Sans doute, de pareilles autorités ne prévaudront jamais sur les vrais principes, et ne feront nulle part regarder comme valable une donation à cause de mort à laquelle le père n'imprime le sceau de son consentement qu'après le décès du fils non émancipé qui l'a faite.

Terminons cette dissertation sur les donations à cause de mort, par une question qui peut-être aurait dû la précéder. L'art. 3 de l'ordonnance de 1731 a-t-il dérogé au droit que les lois romaines donnent au fils de famille de disposer de la sorte, avec l'agrément de son père?

Boucher d'Argis soutient l'affirmative dans ses notes sur les questions alphabétiques de Bretonnier, aux mots *Puissance paternelle*. Sa raison est que le texte dont il s'agit, abroge toutes donations à cause de mort, même dans les pays où elles étaient autorisées par les lois ou par les coutumes ».

Mais cette abrogation n'est qu'imaginaire. « Il ne faut pas se figurer (dit Furgole sur l'article cité) que notre ordonnance retranche l'usage des donations à cause de mort; elle en fixe seulement les formalités extérieures, qu'elle veut être les mêmes que celles des testamens ou codicilles;

» D'où il suit qu'elle laisse subsister les donations à cause de mort tacites et contenues dans les testamens qui portent qu'ils vaudront comme donations à cause de mort, soit qu'ils aient été faits par des pères de famille, ou par des enfans de famille, lorsqu'ils seront accompagnés du consentement de leur père ».

XV. De toutes les incapacités que la Puissance paternelle opère dans le fils de famille, la seule dont il nous reste à rendre compte, et peut-être la plus remarquable, est celle de tester. Mais nous nous réservons d'en parler au mot *Testament*.

§. V. *Quelle est, dans les pays coutumiers, l'influence de la Puissance paternelle sur la capacité ou l'incapacité d'état du fils de famille?*

I. On peut, sur cette matière, ranger les différentes coutumes en deux classes.

Dans la première, sont celles qui, sans avoir, sur ce point, d'usages particuliers et constans qui les rapprochent, soit du droit écrit, soit des coutumes dont on parlera ci-après, ne font aucune mention de la Puissance paternelle, ou, ce qui revient au même, ne rapportent nullement ce qu'elles en disent, à la capacité ou incapacité d'état : telles sont Paris, Normandie, Vermandois, Orléans, Chartres, Châteauneuf, etc.

La Puissance paternelle n'a, dans ces coutumes, aucun effet particulier touchant l'objet dont il s'agit. La capacité ou incapacité d'état n'y dépend que des qualités de majeur ou de mineur : celles de fils de famille ou d'enfant émancipé n'y ont à cet égard aucune espèce d'influence.

II. Les coutumes de la seconde classe sont celles de Berry, de Bourbonnais, de Bretagne, de Bordeaux, de Saintonge, de la Rochelle, d'Angoumois, de Poitou, de Metz, de l'évêché de Metz, de Gorze, de Bassigny, de Clermont en Argonne, de Troyes, de Lille, de la châtellenie de Lille, de Douai, de la gouvernance de Douai, d'Orchies, de Tournai, de Hainaut, de Valenciennes, de Mons, de Liége, de Bergues-Saint-Winock, de Bailleul, etc.

Toutes ces coutumes ont adopté, comme de concert, un principe qui fait la base des différentes dispositions qu'elles contiennent sur la capacité ou incapacité d'état du fils de famille : elles ont regardé la Puissance paternelle comme une espèce de tutelle légitime; et en conséquence, elles ont appliqué aux personnes soumises à l'une, presque les mêmes effets que produit l'autre à l'égard de ceux qui y sont assujétis.

De là, l'incapacité de contracter et d'ester en jugement qu'elles prononcent contre les fils de famille, soit majeurs, soit mineurs, lorsqu'ils ne sont point autorisés de leurs pères, et qu'il ne s'agit ni de commerce public, ni de matières criminelles.

Pour rendre tout cela plus sensible, transcrivons ici les termes de ces lois municipales.

Berry, tit. 1, art. 11. « Lesdits fils de famille et femmes mariées ne peuvent, en toutes autres causes (que celle de commerce public), ester en jugement, soit en demandant ou en défendant, sans l'autorité du père ou du mari, sinon ès matières d'injures et criminelles, quant auxquelles l'autorité du père ou du mari ne sont requises.

» 16. Contrats de vendition, donation ou autres, faits par femme mariée ou fils de famille étant en la Puissance paternelle, ou autres personnes étant en Puissance de tuteur ou de curateur, sans l'autorité desdits mari, père, tuteur ou curateur, sont du tout nuls et de nul effet et valeur, si ce n'est ès cas susdits qu'ils exerceraient marchandise publiquement, et contracteraient à cause d'icelle.

» 17. Et n'obligent lesdits contrats, lesdits fils de famille, femmes ou autres personnes étant en la Puissance de tuteurs ou curateurs, aucunement; en manière que quand le mariage est dissolu, ou les enfans de famille délivrés de la Puissance paternelle, et les personnes étant en la Puissance de tuteurs et curateurs mises hors d'icelle, lesdits contrats ne peuvent avoir aucun effet, ni être exécutés à l'encontre d'eux ».

Bourbonnais, art. 166. « Fils de famille mariés ou prêtres sont réputés émancipés et majeurs quant à pouvoir ester en jugement et contracter sans l'autorité de leurs pères, aïeux ou autres, sinon que autrement fût convenu en faisant ledit mariage.

» 168. Fils de famille et femme mariée exerçant marchandise publique, sont et peuvent ester en jugement, tant en demandant qu'en défendant, pour raison des choses concernant le fait de marchandise, sans autorité de leurs père et mari.

» 171. Contrats de vendition, donation, quittance, ou autres faits par femme mariée, ou par enfans en Puissance de leurs pères, tuteurs ou curateurs, sans le consentement desdits maris, pères, tuteurs ou curateurs, ne valent : et se ne sont tels contrats confirmés et validés par la dissolution de mariage, ou par la mort dudit père, émancipation desdits enfans, et majorité desdits mineurs ».

Bretagne, art. 492. « Mineur et celui qui est en pouvoir d'autrui, ne peut contracter, ni négocier, convenir ni être convenu en justice, sans l'autorité de celui au pouvoir duquel il est.

» 528. Fils de famille qui aura excédé l'âge de vingt-cinq ans, ayant domicile séparé de son père, sera censé et réputé émancipé, à pouvoir contracter et ester en jugement, sans autorité du père.

» 536. En cas de crime criminellement proposé, n'est requis autorité paternelle, ne avoir autorité de ceux qui ont Puissance sur le délinquant (1) ».

Bordeaux, art. 1. « Si le fils de famille exerce marchandise ou autre négociation publiquement, se pourra obliger sans le contement de son père ès choses concernant marchandises ou négociation.

» 2. Et aussi, après l'âge de vingt-cinq ans, fils de famille qui ont demeuré hors de la maison et compagnie de leur père un an (à ce faire ledit père les souffrant), tenant maison séparée du père, posé qu'ils ne soient émancipés, se pourront obliger *ex quácumque causá* : auquel cas ledit fils de famille sera tenu pour émancipé.

» 3. *Item*, et la femme ni les enfans ne pourront être en jugement sans licence des mari et père respectivement, sinon ès cas susdits qu'ils fussent marchands publics et majeurs de vingt-cinq ans ».

Saintonge, art. 2. « L'enfant.... émancipé.... peut ester en jugement, tant en » demandant qu'en défendant, sans licence » de son père ».

La Rochelle, art. 24. « Tout homme qui

(1) La jurisprudence du parlement de Bretagne a restreint cet article au cas où le fils de famille est accusé : Sauvageau rapporte un arrêt, du 19 juillet 1633, qui a jugé qu'un fils de famille ne peut pas, se rendre accusateur sans l'autorité de son père; il assure qu'il en a été rendu une infinité d'autres semblables.

où il

» se marie est hors de la Puissance de son » père, et peut contracter, poursuivre et » défendre ses droits, comme si par exprès « le père l'avait émancipé ».

Troyes, art. 139. « Donation, vendition » ou autres contrats faits par femme mariée » sans l'autorité de son mari, ou par enfant » qui est en Puissance de père ou de mère, » ou de tuteur ou curateur, sans son consen- » tement, ne vaut », pas même, ajoute Dumoulin, après la dissolution du mariage, ou de la Puissance, soit paternelle, soit tutélaire : *etiam soluto matrimonio, vel patriâ aut tutoriâ Potestate.*

Metz, tit. 1, art. 4. « Enfans procréés en loyal mariage, sont et demeurent en la Puissance de leur père, mère ou tuteurs, jusqu'à ce qu'ils soient mariés, émancipés par justice, pourvus d'état ou grade honorable, ou qu'ils aient, savoir, les mâles vingt ans complets, et les filles dix-huit.

» 5. Ne peuvent lesdits enfans (s'ils ne sont revêtus des qualités susdites, ou de l'une d'icelles) ester en jugement, soit en demandant ou en défendant, pour chose civile, ni valablement disposer de leur bien....

» 10. Peuvent toutefois les femmes et enfans de famille qui exercent marchandise publiquement comparaître en jugement, tant en demandant qu'en défendant, pour raison de ladite marchandise seulement, et d'icelle disposer sans le consentement de leurs père ou maris; et peut ladite marchandise être saisie pour l'accomplissement des promesses et contrats par eux faits, ou pour l'exécution des jugemens contre eux rendus ».

Evêché de Metz, tit. 1, art. 18. « Femmes mariées, fils de famille, mineurs, prodigues, idiots et furieux ne peuvent valablement appeler ou être appelés en jugement, sans l'autorité de leurs mari, père, tuteur ou curateur, sinon en matière d'injures, crimes et excès; èsquels il peuvent, sans autrement être autorisés, convenir ou être convenus.

Gorze, tit. 1, art. 13. « Comme la personne mariée est en la Puissance de son mari, l'enfant de famille non marié est en celle de son père, ou mère veuve.

» 19. Ne peuvent aussi, sans leur aveu et autorité, s'obliger, vendre, donner, quitter, engager ou autrement aliéner, à peine de nullité des contrats et aliénations qu'autrement ils en auraient faits ».

» 14. La personne qui est en sa Puissance, de ses droits, peut valablement contracter, disposer du sien, selon que le droit lui permet, ester en jugement, soit en demandant ou en défendant.

» 15. Bref, font telle personne et tous autres semblables, actes légitimes, comme tant libres et à soi.

» 16. La personne qui est sous la Puissance d'autrui, nullement; ains est requise l'autorité de celui en la Puissance duquel elle est, à peine de nullité de tout ce qu'autrement s'en serait ensuivi.

» 17. Sinon en cas d'injures, crimes, délits et excès èsquels telle personne, sans d'ailleurs être autorisée, peut convenir ou être convenue en jugement ».

Bassigny, art. 40. « Fils de famille mariés » ou prêtres sont réputés émancipés et ma- » jeurs, tant pour ester en jugement, que » contracter sans l'autorité de leurs pères et » mères, aïeux ou autres, et faire actes que » peuvent faire majeurs ».

Clermont en Argonne, chap. 2, art. 8. « Enfans en Puissance de leur père ou aïeul, » ou sous tutelle, ne peuvent entrer en juge- » ment sans autorité de leur père ou aïeul, » tuteur, ou de justice ».

Lille, tit. 4, art. 2. « Si le père était sur- » vivant, tels enfans sont en la Puissance de » leurdit père, tant qu'ils soient mariés ou » dûment émancipés, ou aient pris état hono- » rable; et ne peuvent contracter durant ce » temps, de quelque âge qu'ils soient ».

Châtellenie de Lille, tit. 13, art. 3. « Fils » ou fille de famille ne peuvent contracter, » n'ester en jugement, sans le consentement » de son père, excepté en cas de délits ou » injures ».

Tournai, tit. 18, art. 2. « Les mineurs » d'ans contractans mariage, sont, *ipso facto*, » émancipés, à savoir, mis hors du pain de » leur père, de sorte qu'ils.... peuvent con- » tracter et disposer de leurs biens et mar- » chandises, comme faire ils pourraient, s'ils » avaient actuellement l'âge de majorité re- » quis de droit ».

Douai, chap. 7, art. 2. « Vivant le père, » ses enfans demeurent en sa Puissance, et » ne peuvent contracter sans son consente- » ment, de quelque âge qu'ils soient, tant » qu'ils soient dûment émancipés ou mariés, » ou qu'ils aient pris état de prêtrise ou autre » honorable ».

Gouvernance de Douai, chap. 11, art. 2. « Fils ou fille ne peut contracter ni être en » jugement sans le consentement de son père, » excepté en cas de délits et injures ».

Orchies, chap. 6, art. 3. « Du vivant du » père, les enfans sont en Puissance, et jaçoit

» qu'ils soient âgés, ne peuvent aucunement » contracter sans le consentement et émancipation judiciaire de leur père, ou qu'ils » soient parvenus à l'état du mariage ou de » prêtrise; auquel cas, ils sont tenus pour » émancipés ».

Liége, chap. 1, art. 11. « Le fils de famille » est recherchable pour entremise de marchandise, la vendant et distribuant, et en » recevant les deniers ».

Bergues-Saint-Winock, rub. 17, art. 31. « Les enfans étant en la Puissance du père et » de la mère, et lorsqu'ils ne sont point encore » devenus maîtres d'eux-mêmes, ne peuvent » s'obliger ni s'engager, si ce n'était pour » cause permise par le droit, comme aussi » dans le cas de crimes et de délits, étant » d'un âge compétent, connaissant le bien » et le mal ».

Hainaut, chap. 110. « Les enfans en pain » de père et de mère, encore qu'âgés, ne » pourront s'obliger ni contracter vaillablement; mais, s'ils étaient hors de pain, âgés » de vingt et un ans, ou mariés, l'obligation » et contrat qu'ils feraient, sera de valeur; » sauf que les enfans des bourgeois de Mons, » selon le privilége de ladite ville, devront, » avant s'obliger, avoir l'âge de vingt-cinq » ans, *ne soit qu'ils aient fiefs, pour le regard* » *desquels ils se pourront obliger* ».

III. Cette dernière disposition a servi de fondement à un arrêt du conseil souverain de Mons, du 6 août 1700, par lequel Jean Petit a été débouté de sa demande en répétition d'une somme qu'il avait prêtée à Philibert Delobel, dans le temps qu'il était sous la Puissance de son père. En vain s'est-il prévalu de ce que son débiteur était actuellement émancipé; on n'a point eu égard à cette circonstance; et par-là, on a jugé que les art. 17 et 171 des coutumes de Berry et de Bourbonnais forment le droit commun des coutumes qui déclarent simplement les fils de famille incapables de s'obliger.

Mais que signifient ces termes du chapitre cité, *ne soit qu'ils aient fiefs, pour le regard desquels ils se pourront obliger?* On peut les entendre de deux manières différentes.

Quelques-uns n'en font résulter, pour le fils de famille, qu'une permission de vendre, d'échanger, d'hypothéquer, de donner les fiefs qui lui appartiennent : *il peut*, disent-ils, *s'obliger pour fief, pourvu que ce soit directement*; et cette disposition, continuent-ils, n'est qu'une répétition de l'art. 4 du chap. 49, portant que « gens à marier, émancipés ou » non, possédant fiefs ou alloets venans de » patrimoine ou d'acquêt, pourront, venus » à l'âge de vingt et un ans, faire aliénation » ou disposition d'iceux fiefs ou alloets ».

D'autres soutiennent que, par les termes dont il s'agit, les chartes du Hainaut déclarent les obligations des enfans de famille valables et exécutoires jusqu'à concurrence de la valeur des fiefs qu'ils peuvent posséder; et cette interprétation a été confirmée par deux arrêts du conseil souverain de Mons.

Le premier, rendu le 5 août 1699, ordonne à Jacques Bassecour, qui avait fait saisir un fief, appartenant au nommé Leduc, pour avoir paiement d'une dette contractée par celui-ci avant son émancipation, de vérifier que le débiteur avait joui lui-même de ce fief, et de constater le montant des revenus qu'il en avait tirés, pour ensuite le condamner, jusqu'à cette concurrence, au paiement de la dette.

Le second, rendu en 1707 ou 1708, entre le sieur de Quévelon et le sieur de Marcq, déclare une obligation contractée par un fils de famille possesseur d'un fief, *exécutoire sur ce fief*. Il est rapporté dans les notes manuscrites du président Petit.

Il est aisé de sentir la justesse de cette opinion. C'est un principe constant en Hainaut, que la faculté d'aliéner règle celle de contracter des obligations qui puissent s'exécuter sur les biens. On en a vu quelques preuves à l'article *Dévolution coutumière*, §. 2; et cela ne souffre aucune difficulté dans l'usage. Or, l'art. 4 du chap. 94 des chartes générales décide très-clairement que la Puissance paternelle n'apporte dans le fils de famille aucun obstacle à l'aliénation ou disposition de ses fiefs et francs-alleux; il doit donc être permis à ses créanciers de se pourvoir sur les biens de cette nature qu'il possède, et ses obligations ne peuvent, à cet égard, être arguées de nullité.

Une autre raison non moins démonstrative, est qu'en Hainaut, les fiefs et les francs-alleux sont, pour les fils de famille, une espèce de pécule castrense; car on a remarqué ci-devant, §. 4, et au mot *Pécule*, que la Puissance paternelle n'est nullement considérée par rapport aux biens qui composent ce genre de patrimoine; et cela est si vrai, que le sénatus-consulte Macédonien n'empêche pas, dans les pays de droit écrit, que les enfans non émancipés ne soient soumis, jusqu'à concurrence de ces biens, au paiement des obligations qu'ils contractent pour cause de prêt.

Nous disons que les lois du Hainaut regardent les fiefs et les francs-alleux du fils de famille comme une espèce de pécule castrense, et cette assertion est incontestable. 1° Lorsqu'il

de famille peut les aliéner; on vient d'en voir la preuve. 2° Ils ne sont pas sujets à l'usufruit auquel la Puissance paternelle soumet les autres biens des enfans. Les art. 8 et 10 du chap. 37 en contiennent des dispositions précises. 3° On a vu plus haut, sect. 2, que les enfans *nobles d'ancienne maison* sont, en cette province, émancipés dès leur naissance; et si la noblesse des personnes a paru aux législateurs du Hainaut un motif suffisant pour les affranchir de la Puissance paternelle, est-il étonnant qu'ils en aient pareillement exempté les biens nobles?

IV. Du reste, l'exécution pour dettes contractées par un fils de famille qui possède de tels biens, ne peut être dirigée, ni sur sa personne, ni sur ses meubles, ni sur ses mainfermes. La saisie des fiefs et des francs-alleux est la seule voie qu'il est permis de prendre en pareil cas. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du conseil souverain de Mons, du 30 juillet 1721. Un fils de famille, majeur de 25 ans, s'était obligé par acte d'hypothéquer par déshéritance un fief qu'il possédait, et cela pour sûreté de quelques rentes qu'il avait constituées. Sur son refus de remplir sa promesse, le créancier fit saisir ses biens, *mainfermes* ou censuels. Mais par le jugement cité, la saisie fut déclarée nulle avec dommages-intérêts et dépens. L'obligation du fils de famille était valable quant au fief; mais elle était nulle quant à sa personne. C'est la réflexion de l'auteur du manuscrit où nous avons puisé cet arrêt.

V. Faut-il appliquer aux mainfermes ou censives situées dans la partie du Hainaut qu'on appelle *chef-lieu de la cour*, les dispositions qu'on vient de passer en revue concernant les fiefs?

Nous avons dit à l'article *Hainaut*, §. 2, que les chartes générales régissent également les fiefs et les *mainfermes* du chef-lieu de la cour: ceux-là par leur institution première, ceux-ci par une extension que l'usage a faite de leurs dispositions aux biens ainsi appelés. Mais on ne peut pas inférer de là que les *mainfermes* soient susceptibles de l'application des règles qui tiennent à la nature des fiefs: aussi ne sont-ils sujets, ni au droit d'aînesse, ni à la foi et hommage, ni à la formalité du dénombrement. Or, l'affranchissement de la Puissance paternelle est, pour les fiefs du fils de famille, un point de jurisprudence qui dérive de leur qualité de biens nobles; on ne peut donc pas étendre cet affranchissement aux *mainfermes* dont il s'agit, ni par conséquent regarder le fils de famille comme capable de les aliéner.

VI. Les chefs-lieux de Mons, de Binche et de Valenciennes ont des coutumes qui contiennent, sur les *mainfermes* situés dans leurs territoires respectifs, des décisions conformes à ce que nous disons par rapport à ceux du chef-lieu de la cour.

Voici ce que porte le chap. 8 de la coutume du chef-lieu de Mons: « Quand pères et mères » ou parâtres mettent leurs enfans ou enfans » de leurs femmes hors de leur pain, et puis » leur font loer et consentir les vendages des » héritages et rentes hypothéquées au droit » desdits enfans, tels vendages et lots ne sont » vaillables, si lesdits enfans ne sont âgés, à » savoir, les fils de vingt et un ans, et les » filles de dix-huit ans, et suffisamment mis » hors de pain ». S'il faut qu'un enfant soit tout ensemble âgé de dix-huit ou vingt ans et émancipé, pour consentir à l'aliénation d'un bien sur lequel il n'a qu'un droit d'hypothèque ou de *dévolution*, à plus forte raison le concours de ces deux conditions est-il nécessaire lorsqu'il s'agit d'aliéner lui-même ses propres biens.

Le chap. 10 de la même coutume est encore plus formel. Après avoir établi que les enfans des bourgeois de Mons ne peuvent pas être émancipés judiciairement avant l'âge de vingt et un ans, il ajoute: « Et ne pourront lesdits » enfans rien aliéner ne fourfaire de leurs » biens par eux acquis, s'ils ne sont ainsi » âgés et mis hors de pain que dit est ».

L'art. 76 de la coutume de Binche déclare les mineurs incapables d'aliéner leurs mainfermes avant l'*âge de vingt et un ans pour les mâles, et dix-huit pour les filles*; et l'art. 77 ajoute: « En tel âge que dessus, » pourront père et mère émanciper et mettre » hors de pain fils ou filles, pour pouvoir *dès-* » *lors en avant* passer tous contrats, œuvres » de loi....; et la personne ainsi affranchie et » émancipée (continue l'art. 78) peut se dés- » hériter de son bien et patrimoine ». Permettre à un enfant émancipé d'aliéner ses mainfermes, c'est le défendre assez clairement à un enfant non émancipé. D'ailleurs les mots, *dès-lors en avant*, tranchent toute difficulté.

S'il pouvait d'ailleurs rester là-dessus quelques doutes, l'art. 85 les dissiperait entièrement par l'exception même qu'il apporte au principe, qu'il faut être émancipé pour pouvoir aliéner: cet article permet aux pères et aux mères de *se faire morts*, au profit de leurs enfans, des biens auxquels ceux-ci doivent succéder, c'est-à-dire, de les leur donner en avancement d'hoirie; et il décide « qu'en ce cas, » lesdits enfans, s'ils sont en âge, peuvent » vendre ou aliéner lesdites portions d'héritа-

» ges ou rentes, et en user comme bon leur » semble, sans que, pour ce faire, il convienne » qu'ils soient mis hors pain, d'autant que, » par la susdite mortification suffisamment » faite et par le moyen d'icelle, et pour le re- » gard du bien dont le père s'est fait mort, l'en- » fant demeure émancipé et d'une libre dis- » position, s'il est en âge compétent, et » qu'autre chose en l'empêche ».

Donc, en tout autre cas, il ne suffit pas, suivant cet article, d'être *en âge compétent* pour pouvoir aliéner, il faut encore être *émancipé et d'une libre disposition.*

A l'égard de la coutume du chef-lieu de Valenciennes, quoiqu'elle ne soit pas tout-à-fait aussi positive, aussi explicite que celles de Mons et de Binche, elle ne laisse pas de faire entendre très-clairement qu'un fils de famille ne peut pas aliéner les mainfermes qu'il possède dans le territoire de cette loi. Pesons bien les termes dont elle se sert, art. 28 : « Tous enfans, fils ou filles sont réputés âgés, » quand ils ont quinze ans accomplis, pour » pouvoir jouir de leurs biens, n'est qu'ils » soient en la subjection de leur père ou » mère, que lors il les conviendrait préala- » blement et judiciairement mettre hors la- » dite manbournie et subjection : sans toute- » fois pouvoir vendre ou aliéner leurs héri- » tages et rentes avant l'âge de vingt ans » accomplis ». Assurément il n'y a là rien d'obscur ni d'équivoque. La coutume commence par dire que les enfans de famille ne peuvent administrer leurs biens, à moins qu'ils ne soient tout à la fois âgés de quinze ans et émancipés ; et si, en ajoutant qu'ils ne peuvent pas aliéner avant l'âge de vingt-cinq ans, elle ne dit pas en termes exprès que, même à cet âge, il faut encore, pour pouvoir aliéner, qu'ils soient émancipés, il est évidemment dans son esprit de le sous-entendre.

En effet, n'accorder à un fils de famille l'administration de ses biens, que lorsqu'il réunit l'émancipation à l'âge auquel on la permet aux autres, c'est, à plus forte raison, ne lui accorder la faculté d'aliéner que lorsqu'à l'âge auquel cette faculté est de droit commun, il réunit l'avantage d'être affranchi de la puissance paternelle. Il serait ridicule d'exiger, pour pouvoir administrer, une qualité de plus que pour pouvoir aliéner : le moins est nécessairement compris dans le plus ; si donc il faut être émancipé pour l'administration, à plus forte raison faut-il également l'être pour l'aliénation.

VII. Telles sont les dispositions générales des coutumes qui donnent à la Puissance paternelle quelque influence sur l'état des personnes soumises à ce droit.

Maintenant examinons s'il faut une autorité proprement dite, ou si un simple consentement suffit, pour tirer ces personnes de leur incapacité.

On a déjà remarqué la différence qui existe entre le *consentement* et *l'autorité*. Mais les coutumes citées parlant tantôt de l'une et tantôt de l'autre, il n'est pas possible de les distinguer ici par la seule expression, et il faut pour cela pénétrer jusqu'au fond des choses. C'est l'observation que fait, par rapport à la femme mariée, le savant Tiraqueau, *de legibus connubialibus*, gl. 6, n° 6 : *Sicuti consensus*, dit-il, *pro auctoritate plerumquè accipitur, secundùm subjectam materiam, ità et auctoritas etiam pro simplici consensu, qui potest intervenire post actum, secundùm subjectam materiam sæpiùs accipitur.*

Ainsi, l'autorité qui n'a d'autre objet que l'intérêt de celui qui la donne, n'est, à proprement parler, qu'un consentement simple ; et réciproquement le consentement qui tend à habiliter un incapable, et comme le disent les interprètes, *ad integrandam personam*, est une autorité véritable.

Il ne s'agit donc, pour décider notre question, que de connaître l'objet pour lequel le père intervient, lorsqu'il le juge à propos, dans les obligations contractées par son fils.

Dans les pays de droit écrit, le fils de famille étant par lui-même habile à contracter, suivant la loi 39, D. *de obligationibus et actionibus*, cette intervention ne produit qu'un seul effet : c'est d'obliger le père solidairement avec le fils. Nous avons rapporté ci-dessus, §. 4, les termes de la loi 1, D. *quod jussu*, qui le décide expressément ainsi.

Dans les pays coutumiers, le fils de famille étant de lui-même incapable de s'obliger, l'intervention paternelle produit un double effet : elle relève le fils de son incapacité, et elle rend son père obligé solidairement avec lui. C'est ce qu'établit Voët, sur le Digeste, liv. 15, tit. 1, n° 11. Après avoir détaillé tous les principes du droit romain sur les obligations des fils de famille, il passe au droit coutumier, et dit que, quand un enfant non émancipé a contracté *jussu et auctoritate vel ratihabitione patris quâ talis* (1), *dubium vix esse potest quin pater, non peculio teneatur,*

(1) Les mots *quâ talis* sont remarquables : pour qu'un père s'oblige personnellement en autorisant son fils, il faut qu'il l'autorise comme père ; car, s'il l'autorisait comme tuteur naturel et légitime, il tel contracterait aucun engagement personnel. où il

sed in solidum obligatus sit... ; sin sine patris voluntate, nec sese efficaciter obligat, nisi quatenùs indè ipse vel pater locupletior factus est.

Ainsi, dans le droit romain, l'intervention du père n'est requise dans les actes de son fils, que pour son propre intérêt; au lieu que, dans le droit coutumier, elle l'est et pour son intérêt et pour l'habilitation de son fils.

Peu importe donc que les coutumes citées emploient, en cette matière, les mots *consentement* ou *autorité* : dans un cas comme dans l'autre, l'intervention du père n'est, quant à lui-même, qu'un simple consentement; et elle tient, à l'égard du fils, de la nature de l'autorité proprement dite.

Ce dernier point a été consacré par trois arrêts du parlement de Flandre, rendus dans la coutume de Lille, qui ne se sert que du mot *consentement*.

Le premier est du 8 février 1753 : nous l'avons rapporté à l'article *Emancipation*, §. 1, n° 11. Voici les espèces des deux autres.

Le sieur Pronville, négociant à Lille, ayant emprunté différentes sommes du sieur Mallet, lui fit deux billets à ordre, pour lesquels sa fille, qui était encore sous sa Puissance, quoique majeure de vingt-cinq ans, se constitua sa caution. L'acte de cautionnement contenait, de la part du père, une autorisation formelle, et de la part de la fille, une renonciation expresse au sénatus-consulte Velléien. Peu de temps après, le sieur Pronville tomba en faillite, et le sieur Mallet se pourvut contre sa fille : celle-ci prit des lettres de rescision contre son cautionnement, et en demanda l'entérinement. Elle se fondait sur ce qu'étant sous la Puissance de son père, elle n'avait pu, avec son autorisation, s'obliger pour lui-même; et que telle était la conséquence de la règle, *nemo in rem suam auctor idoneus esse potest.* Déboutée par sentence des juges et consuls de Lille, du 6 octobre 1761, elle en appela au parlement, où la cause fut d'abord appointée au conseil, par arrêt du 30 juin 1762, et ensuite jugée au rapport de M. l'abbé Le Vaillant du Thil, par arrêt du 21 janvier 1764, qui entérina les lettres, déclara le cautionnement nul, et condamna le sieur Mallet aux dépens. Le sieur Mallet se pourvut en révision; mais l'arrêt fut confirmé par un autre rendu, toutes les chambres assemblées, le 4 juillet de la même année, au rapport de M. de Franqueville-d'Abancourt.

Le sieur Mallet, pour répondre à la dixième, *nemo idoneus in rem suam auctor potest*, soutenait, comme on l'avait fait lors de l'arrêt du 8 février 1763, que le consentement du père n'est requis que pour son intérêt particulier, et nullement pour l'habilitation du fils de famille. Il citait Ricard, part. 1, n° 192, le président Bouhier, chap. 17, n° 16; et il disait, d'après eux, que la loi ne demandait point *l'autorité* du père dans les contrats passés par un fils de famille; qu'elle n'exigeait que son *consentement*; qu'ainsi, l'on ne pouvait pas appliquer à un père une règle que le droit romain n'avait établie que pour les tuteurs. Ces moyens n'ont fait aucune impression sur les magistrats : ils ont considéré que Ricard et le président Bouhier ne parlent que relativement aux pays de droit écrit, où le fils de famille est capable par état, de contracter toutes sortes d'obligations; que la coutume de Lille a dérogé à cette jurisprudence, en déclarant incapables de s'obliger, tous ceux qui sont soumis à la Puissance paternelle; que cette incapacité ne peut être levée que par une *autorité* véritable; et qu'ainsi, l'on doit appliquer à l'intervention du père, dans les contrats de son fils non émancipé, le principe que les lois romaines ont introduit par rapport à l'autorité tutélaire.

VIII. La ratification subséquente du père produit-elle le même effet que son intervention dans le contrat même ?

Voët, à l'endroit cité, ne trouve aucune difficulté sur l'affirmative. Il paraît cependant qu'on doit, à cet égard, distinguer le père d'avec le fils, et dire que la ratification subséquente fait valider l'obligation à l'égard du premier, et la laisse, par rapport au second, dans sa nullité primitive.

En effet, il est de principe que le consentement dont l'objet est d'habiliter un incapable, doit être donné avant la consommation de l'acte pour lequel il est requis. C'est ainsi que, suivant le droit romain, l'autorité du tuteur ne produit aucun effet, lorsqu'elle est interposée après coup. *Tutor autem statim ipso negotio præsens debet auctor fieri, si hoc pupillo prodesse existimâri post tempus verò vel per epistolam interposita auctoritas nihil agit.* Ce sont les termes de l'empereur Justinien dans ses Institutes, §. 2, *de auctoritate tutorum.* C'est ainsi que, dans nos usages, l'autorisation maritale dont une femme a besoin pour s'obliger, doit intervenir dans l'acte même par lequel elle s'oblige, comme l'a décidé un arrêt du parlement de Paris, du 16 juin 1708, rapporté par Boullenois, *Traité des statuts personnels et réels*, tome 1, page 468, et comme on le juge encore tous les jours au châtelet, suivant Bourjon, tome 1, page 583,

édition de 1770. La raison de ces deux décisions est que le pupille et la femme mariée sont dans un état d'incapacité dont ils ne peuvent être relevés, si ce n'est, l'un par le consentement de son tuteur, l'autre par celui de son mari. Or, cette raison s'applique, avec toute la justesse possible, au cas d'une obligation contractée par un fils de famille; on doit donc le décider de même.

Cette opinon paraîtra peut-être nouvelle; mais une erreur peut-elle jamais prévaloir sur l'autorité des principes? Si les auteurs confondent l'autorisation avec le consentement; s'ils ne distinguent pas les maximes du droit civil d'avec celles du droit coutumier, relativement aux obligations des enfans non émancipés, ne nous est-il pas permis de relever leurs méprises? Un fils de famille, en contractant sans l'autorité de son père, ne s'oblige pas, *nihil agit;* il contracte, au mépris de la coutume qui l'en rend incapable; or, cette obligation, qui est nulle, qui n'existe pas même à son égard, peut-il dépendre d'un tiers de la rendre valable en la ratifiant? Un père ne peut certainement pas obliger son fils malgré lui; c'est cependant ce qu'il ferait, si sa ratification faisait valoir le contrat passé sans son autorité. Il est vrai que le fils a consenti à ce contrat; mais son consentement est nul aux yeux de la loi; il avait, dans le moment même où il l'a donné, un droit acquis à en faire prononcer la nullité; or, comment pourrait-on lui ôter ce droit sans sa participation?

On nous opposera peut-être que, dans nos mœurs, la ratification subséquente d'un tuteur suffit pour confirmer l'obligation contractée par son pupille. C'est en effet ce qu'attestent Groenewegen, *de legibus abrogatis*, sur les Institutes, liv. 1, tit. 21; Valeuwen, *censura forensis*, part. 1, liv. 1, chap. 16; Voët, sur le Digeste, liv. 20, tit. 8, n° 1.

Il est vrai que nos usages ont abrogé la nécessité d'une autorisation formelle et spéciale pour les actes passés par des mineurs; mais ils n'ont pas pour cela porté atteinte à la maxime qu'un incapable de contracter ne peut être habilité par le consentement postérieur de celui dont il dépend; ils n'ont fait que la rendre inapplicable aux mineurs.

Pourquoi, en effet, la ratification subséquente d'un tuteur a-t-elle, parmi nous, une vertu qu'elle n'avait pas chez les Romains? La raison en est bien simple.

Chez les Romains, lorsqu'un pupille était sorti de sa première enfance, il ne pouvait plus contracter par le ministère de son tuteur; c'était à lui à passer tous les actes qui l'intéressaient; et les fonctions de son tuteur se bornaient à lui accorder ou à lui refuser une autorisation sans laquelle il ne pouvait rien faire. C'est ce que nous apprennent la loi 9, D. *de acquirendâ hereditate*, et la loi 9, D. *de administratione tutorum*. Ainsi, lorsqu'un enfant s'était obligé sans l'intervention de son tuteur, et que celui-ci venait ensuite à ratifier ce qu'il avait fait, l'obligation principale et la ratification étaient également nulles: la première, faute d'autorisation; la seconde, parceque le tuteur ne pouvait rien faire seul et sans que le pupille stipulât lui-même ses intérêts dans l'acte.

Parmi nous, au contraire, les tuteurs ont le droit de passer eux-mêmes tous les contrats qu'exige leur administration, et ils n'obligent pas moins leurs pupilles en leur absence et à leur insu, qu'en leur présence et avec leur approbation. Il n'est donc pas étonnant que la ratification d'un tuteur confirme tout ce que son pupille a fait sans lui, puisqu'elle forme un nouveau contrat qui, subsistant par lui-même, peut être considéré à part, et qui par conséquent lierait le pupille, quand même il n'aurait aucun rapport avec l'obligation que celui-ci a contractée seul.

Ce que le droit romain décidait à l'égard des pupilles sortis de l'enfance, notre droit coutumier l'applique aux fils de famille parvenus à cet âge de majorité où les hommes peuvent contracter librement entre eux. Il est certain, d'un côté, que la Puissance à laquelle ils sont assujétis, les rend incapables de s'obliger, si ce n'est avec une autorisation suffisante; et de l'autre, que leur père ne peut contracter seul, sous leur nom, ni les obliger sans leur participation. Ainsi, quelque consentement qu'il donne après coup aux contrats qu'ils ont passés sans son autorisation, ce consentement ne peut jamais leur nuire, ni rendre valable contre eux une obligation qui est nulle dans son principe.

Mais, si le consentement subséquent du père n'est d'aucun effet à l'égard de son fils, au moins il fait valoir contre lui-même l'acte qu'il a pour objet; cela résulte de deux propositions établies ci-devant: l'une, que le père s'oblige personnellement, lorsqu'il intervient dans les contrats passés par son fils; l'autre, que cette intervention n'est considérée, par rapport à lui-même, que comme relative à son propre intérêt, et n'est conséquemment requise qu'avec la qualité de simple consentement.

Telle est d'ailleurs la disposition expresse des lois romaines: elles donnent l'action *quod*

jussu à celui qui a contracté avec un fils de famille autorisé par son père, ou avec un esclave autorisé par son maître. Cette action se dirige contre le père ou le maître, parceque, dit la loi première du titre *quod jussu*, au Digeste, *quodammodò contrahitur cùm eo qui jubet*. Or, qu'est-ce que les jurisconsultes romains entendent ici par *jubere*, et dans quels cas un père ou un maître est-il, suivant eux, censé le faire? C'est ce qu'explique parfaitement le même texte, §. 1 : *Jussum autem accipiendum est sive tacitè quis, sive per epistolam, sive verbis aut per nuntium, sive specialiter in uno contractu jusserit, sive generaliter.* — §. 3. *Sed et si mandaverit pater dominusve, videtur jussisse.* — §. 4. *Sed et si servi chirographo subscripserit dominus, tenetur quod jussu.* — §. 6. *Si* RATUM HABUERIT *quis quod servus ejus gesserit, vel filius, quod jussu actio in eos datur.*

Ces décisions sont trop claires pour laisser le moindre doute sur l'obligation que contracte un père d'acquitter la dette de son fils, soit en l'approuvant, soit en la ratifiant.

On trouvera peut-être singulière la division que nous faisons d'un même contrat, en le regardant comme nul à l'égard du fils de famille, et valable à l'égard du père.

Mais, quelque singulière qu'elle paraisse, elle n'en est pas moins conforme à l'esprit des lois romaines, qui sont nos guides les plus sûrs dans les matières contractuelles. On a d'ailleurs vu plus haut, §. 4, que les auteurs les plus éclairés s'accordent à distinguer le consentement requis par forme d'autorité, d'avec le consentement requis à cause de l'intérêt de celui qui le donne; et que tous, en convenant que le premier doit précéder la consommation de l'acte auquel il se rapporte, décident unanimement que le second peut intervenir après coup.

Et pourquoi un acte, nul à l'égard du fils ne pourrait-il pas être valable à l'égard du père? Ne peut-on pas considérer le consentement subséquent qu'y donne le père, comme un contrat séparé de celui du fils? La chose paraît d'autant plus certaine, qu'aux termes de la loi 1, D. *quod jussu, quodammodo contrahere videtur qui jubet*, et que, selon le même texte, on est censé remplir le sens du mot *jubere*, par un consentement tacite, interposé, soit dans le corps de l'acte, soit après coup. Ne peut-on pas dire que, par ce consentement et l'acceptation tacite et présumée qu'en fait celui qui a contracté avec le fils, il se forme entre eux un nouvel acte indépendant du premier? Or, dès que l'acte du fils est séparé de celui du père, quel inconvénient y a-t-il à considérer l'un comme nul, et l'autre comme valable?

Ce que nous disons d'une autorisation subséquente, il faut pareillement le dire d'une autorisation tacite. Il est certain que le père se soumet à l'obligation contractée par son fils, lorsqu'il l'approuve tacitement. Le §. 4, de la loi 1, D. *quod jussu*, ne laisse là-dessus aucun doute. Mais aussi, on ne peut raisonnablement prétendre qu'une approbation de cette espèce suffise pour tirer le fils de son incapacité légale, et faire valoir l'acte contre lui. On a démontré ci-devant, à l'occasion des donations à cause de mort, que tout consentement qui tend à habiliter un incapable, doit être exprès, et cela seul tranche toute difficulté sur notre question.

Il ne faut cependant point conclure de là, que les termes d'*autorité* ou de *consentement* soient essentiels de la part du père, pour valider les obligations de son fils. La loi 3, D. *de auctoritate et consensu tutorum*, porte qu'un tuteur est censé autoriser son pupille, lorsqu'il déclare approuver ce que fait celui-ci : *hoc est enim auctorem fieri, cùm probare se dicit id quod agitur.* Il suffit donc, pour la validité d'un contrat fait par un fils de famille, que le père y donne son approbation au moment où l'on le passe.

A la vérité, la loi dont nous venons de parler, veut que le tuteur exprime formellement dans l'acte, qu'il en approuve le contenu : et c'est de là qu'un autre texte, rapporté plus haut, déclare les muets incapables d'exercer une tutelle. Mais ces décisions ne sont fondées que sur le singulier attachement des jurisconsultes romains à la solennité des paroles; attachement que manifestent, non-seulement les lois relatives à la matière que nous traitons ici, mais encore les lois concernant les stipulations, et plus encore les formules dont on était anciennement obligé de se servir pour instituer un héritier. La simplicité de nos mœurs ayant rejeté toutes ces vaines subtilités, et préféré le fond des choses à l'écorce des mots, il ne paraît pas qu'on puisse élever aucune difficulté sur la suffisance d'une autorisation paternelle, dont l'unique preuve résulterait de ce que le père eût été présent à l'acte, et l'eût signé. Nous ne connaissons même aucun auteur qui enseigne le contraire; et quoiqu'on ait quelquefois soutenu qu'il en était autrement à l'égard de l'autorisation maritale, le plus sûr est, dans les pays qui n'ont là-dessus ni loi ni jurisprudence particulière, de ne mettre à cet égard aucune différence entre l'autorisation du mari et celle du père.

Ecoutons le président Bouhier, chap. 19, nos 57 et 61 :

« L'autorité est tenue pour suffisamment donnée, quand le mari a été présent à l'acte et l'a signé.... Il y en a un premier arrêt (du parlement de Dijon), du 24 janvier 1583; un deuxième, du 29 mars 1597; et un troisième, du 21 mars 1571.... Je suis surpris qu'on y ait pu trouver tant de difficulté. Car, à l'égard du tuteur même, il est sûr qu'on n'exige pas ce terme d'autorité : *Hoc est auctorem fieri, cùm se probare dicit id quod agitur,* dit la loi.

» L'autorité n'est donc autre chose qu'une approbation. Or, nous venons de voir que celui qui signe l'acte, est réputé l'approuver; et, si l'on veut bien examiner les lois prétendues contraires, on verra qu'il n'y en a aucune qui soit le cas d'un acte signé par celui dont on conteste l'approbation, à moins qu'il ne l'ait signé simplement comme témoin ou comme notaire. Mais toute autre signature vaut consentement, même au préjudice du signant; et sur ce point, les interprètes paraissent d'accord ».

Ici le président Bouhier cite Menochius, Leféron, d'Argentrée, Legrand, Delalande, Basnage et Ricard, *du don mutuel*, nos 47 et suivans, et surtout, no 68, où, « malgré » quelques arrêts contraires, du parlement » de Paris, il reconnait que cette opinion » est la mieux fondée ».

IX. Si l'on appliquait à l'autorisation paternelle la doctrine que les rigoristes ont enseignée par rapport à l'autorisation maritale, il faudrait annuler même les contrats les plus avantageux qu'un fils de famille aurait pu passer sans l'approbation de son père, et étendre aux donations qui lui seraient faites, l'art. 9 de l'ordonnance de 1731, suivant lequel « les femmes mariées ne peuvent accepter » aucune donation entre-vifs, sans être au- » torisées par leur mari ou par justice, à son » refus ».

Mais la rigueur dont on use à cet égard envers les femmes, a son principe dans un motif qui leur est absolument particulier, et que le président Bouhier a parfaitement développé, chap. 19, no 46. Quant aux fils de famille, puisque leur incapacité, dans les pays coutumiers, dérive de ce qu'on y regarde la Puissance paternelle comme une espèce de tutelle légitime, on ne peut mieux faire que de leur appliquer les lois qui permettent aux pupilles de poursuivre l'exécution des contrats avantageux qu'ils ont faits, et de résilier les obligations onéreuses auxquelles ils se sont assujétis sans l'autorité de leurs tuteurs. Aussi peuvent-ils, sans difficulté, accepter des donations quand même elles leur seraient faites par leur père; et la seule différence qu'il y a sur ce point, entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers, est que, dans ceux-ci, le père n'a pas, comme dans ceux-là, le pouvoir de révoquer les libéralités dont il a gratifié les enfans soumis à sa Puissance.

C'est ce que décident quatre coutumes de Flandre, savoir, Gand, rubr. 21, art. 7; Audenarde, rubr. 17, art. 9; Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 30; et la châtellenie de Lille, tit. 13, art. 2.

La coutume de Liége en dispose autrement. L'extrême affinité qu'elle a avec le droit écrit lui en a fait adopter les principes concernant les donations entre le père et les enfans. Voici ce qu'elle porte, chap. 6, art 19 : « Trans- » port de biens fait par le père au profit d'en- » fans qui sont en sa Puissance, ne vaut : et » en peut le père, nonobstant ce, autrement » disposer ».

Louvrex sur Méan, *ad jus civile Leodiensium*, observ. 616, note 10, excepte de cette disposition les donations faites en faveur de mariage; ce qui est, comme on l'a vu plus haut, conforme à la jurisprudence de tous les pays de droit écrit.

X. La qualité de fils de famille est-elle, dans les pays coutumiers, un obstacle à la gestion d'un emploi public?

Il faut distinguer si cet emploi forme ce qu'on appelle dans quelques coutumes, *un état honorable*, ou non.

Dans le premier cas, loin que la Puissance paternelle s'oppose à ce que le fils y soit promu, elle s'anéantit, au contraire, du moment de sa promotion; *car tout état honorable*, comme on l'a vu sous ces mots, émancipe en pays coutumier.

Dans le second cas, il faudrait, pour rendre le fils de famille responsable de sa gestion, qu'il fût autorisé par son père, ou par justice, à son refus : cela résulte de l'incapacité dans laquelle il est de s'*obliger* sans une pareille autorisation; et *telle est* la disposition expresse de la coutume de Bretagne, art. 535 : « Celui qui est en pouvoir d'au- » trui, ne doit avoir garde d'autre, s'il n'est » âgé de vingt-cinq ans; et, s'il n'a ledit » âge, ores qu'il ait père vivant, il peut avoir » garde d'autrui, pourvu qu'il soit autorisé » de son père. Et peut le juge contraindre » le père de lui donner autorité, au cas qu'on » n'en trouverait autre plus profitable; et, » pour la contumace du père, la justice au- » torisera le fils ».

XI. Quelques auteurs pensent que le fils de famille est obligé après son émancipation de se pourvoir, par lettres du prince, contre les actes qu'il a faits, étant sous la Puissance de son père, et que, s'il laisse passer dix ans sans prendre cette voie, ses obligations deviennent inexpugnables. Mais cette doctrine est évidemment fausse. Il ne faut, pour le sentir, que se rappeler les lois coutumières, qui déclarent l'enfant non émancipé incapable de contracter, et les rapprocher des principes établis à l'article *Nullité*, §. 7.

La coutume de Berry fait d'ailleurs entendre assez nettement qu'il ne faut point de lettres de rescision pour annuler un acte passé par un fils de famille, sans l'autorisation de son père : elle décide, tit. 1, art. 3, que « les enfans mariés bien qu'ils soient mineurs de vingt-cinq ans, et aussi les majeurs » de vingt-cinq ans, indifféremment, sont réputés absous et délivrés de la Puissance paternelle, peuvent ester en jugement et agir, » disposer et contracter. Toutefois (ajoute » l'art. 4) s'ils sont mineurs de vingt-cinq ans, » bien qu'ils soient délivrés de la Puissance » paternelle, ne pourront aliéner leurs biens » immeubles sans autorité de curateur et » décret du juge; et, si en autres contrats, » étaient déçus, et circonvenus par leur » facilité notablement, pourront demander » restitution en entier ». Parler de lettres de rescision par rapport aux mineurs émancipés, et conséquemment habiles à contracter, et n'en point parler relativement aux enfans de famille incapables par état de former aucune obligation, c'est insinuer bien clairement, que, si cette voie est *nécessaire* aux uns pour faire rétracter les actes qu'ils ont pu faire, elle est *inutile* aux autres pour profiter d'une nullité que leur inhabilité légale leur assure suffisamment.

L'art. 17 du même titre est peut-être encore plus formel : il porte, comme on l'a déjà remarqué, que les contrats faits par un fils de famille, ne l'*obligent point*, et qu'ils *ne peuvent avoir aucun effet*, même après son émancipation.

La coutume de Bourbonnais dit la même chose; et certainement on ne peut rien de plus opposé à l'avis que nous combattons.

XII. On verra à l'article *Testament*, sect. 1, quelle est la jurisprudence des pays coutumiers, sur la capacité ou l'incapacité des fils de famille, par rapport aux actes de dernière volonté.

[[§. VI. *Quelle est, sous le Code civil, l'influence de la Puissance paternelle sur la capacité ou l'incapacité d'état de fils de famille?*

Aux termes de l'art. 374 de ce Code, « l'enfant ne peut quitter la maison paternelle » sans la permission de son père, si ce n'est » pour enrôlement volontaire après l'âge de » dix-huit ans révolus ».

Ainsi, la Puissance paternelle est, dans la personne de l'enfant qui y est assujéti, un obstacle à ce qu'il se choisisse, malgré son père, un domicile séparé; et en cela, le Code civil déroge au droit romain. (*V.* ci-dessus, §. 4, n° 4.)

Elle est aussi un obstacle à ce que l'enfant non émancipé embrasse une profession quelconque, sans le consentement de son père. C'est ce que suppose clairement l'exception par laquelle l'article cité autorise l'enfant à s'engager au service de l'État, sans le consentement de son père, lorsqu'une fois il a atteint l'âge de dix-huit ans révolus.

Pour tous les autres objets qui tiennent à la capacité ou l'incapacité, soit de contracter, soit de disposer, soit d'aliéner, soit d'ester en jugement, l'enfant non émancipé ne diffère en rien du mineur en tutelle. *V.* l'article *Mineur*.]]

SECTION IV. *Quels sont les effets de la Puissance paternelle sur les biens de ceux qui y sont soumis*, [[*et de ceux à qui elle appartient*]] ?

I. On a vu à l'article *Pécule*, que le père n'a aucun droit à exercer sur les biens *castrenses* ou *quasi-castrenses* de ses enfans; qu'il est à la fois usufruitier et propriétaire de ceux qu'ils possèdent sous la dénomination de biens *profectices*; qu'à l'égard de leurs biens *adventices*, il en a l'usufruit, et qu'ils en conservent la propriété.

Mais comment distinguer dans la pratique, un pécule d'avec un autre; et à quels traits peut-on reconnaître si les biens du fils de famille sont, pour parler le langage des lois, *castrenses*, *quasi-castrenses*, *adventices* ou *profectices*? Cette question demande un examen particulier.

En général, tout ce qu'acquiert un fils de famille, appartient absolument et de plein droit à son père; et rien ne sort de cette règle que par l'effet d'un privilége. Voyons donc sur quels objets portent les privilèges en vertu desquels les enfans peuvent aujourd'hui avoir des biens en propriété.

II. La faveur de la profession militaire fut la première cause qui fit porter atteinte au

droit illimité de la Puissance paternelle. Pour enflammer de plus en plus l'âme belliqueuse des soldats romains, on leur permit de posséder librement tout ce qu'ils acquerraient à la guerre, et d'en disposer en pères de famille.

Mais cette dérogation aux anciennes règles ne s'est jamais étendue à d'autres personnes ni à d'autres choses que celles dont parlaient expressément les lois qui l'ont fait admettre.

Ainsi, comme les gens de guerre étaient seuls compris dans ces lois, on n'a accordé qu'aux officiers et aux soldats le droit d'avoir un pécule castrense, et l'on en a exclu les autres personnes, qui, suivant l'expression de Furgole, *sont dans les armées sans engagement*. Cependant la loi dernière, C. *de peculio castrensi*, étend ce privilége à ceux qu'on appelait *præfectiani*, c'est-à-dire, aux secrétaires, aux caissiers et aux autres commis du préfet du prétoire, et veut qu'ils en jouissent comme s'ils portaient les armes : *Jus castrensis peculii tàm socinarios quàm exceptores cæterosque qui in officio tui culminis merendi licentiam habere noscuntur, ac si in legione primâ adjutrice nostræ reipublicæ militent, inviolatum habere præcipimus.*

De même, comme le pécule castrense ne devait, suivant son institution, être composé que des choses acquises dans les combats ou à l'occasion de la guerre, on n'y a jamais compris celles que les fils de famille militaires acquéraient autrement.

Furgole entre à cet égard dans des détails intéressans :

« Ce qui est compris (dit-il) dans le pécule castrense, est bien distingué et expliqué par la loi 1, C. *de castrensi peculio militum;* par les lois 8 et 11, D. *de castrensi peculio*, et par la loi 4, D. *familiæ erciscundæ.*

» 1° On met dans ce rang les meubles et effets mobiliers qui sont donnés à celui qui va ou qui est à la guerre, par son père, sa mère, ses parens ou ses amis, mais non les immeubles. (Loi 1, C. *de castrensi peculio*, et loi 4, C. *familiæ erciscundæ*);

» 2° Les choses que les soldats ont acquises à l'occasion de la guerre, du nombre desquelles on doit mettre les hérédités qui leur ont été déférées par les dispositions des personnes qui ne les ont connus qu'à l'occasion de la guerre, quoique ces hérédités soient composées d'immeubles. (Loi 5, D. *de castrensi peculio*, et loi 1, C. *eod. tit.*)

» 3° Les choses que les soldats ont acquises de l'argent qu'ils ont gagné à la guerre, quoiqu'elles soient immeubles. (Loi 1, C. *eod. tit.*)

Mais les hérédités qui sont déférées au soldat autrement qu'à l'occasion de la guerre, comme celles de sa mère, ou de quelqu'autre parent, ni les immeubles qui lui sont donnés, ni ce qu'il a acquis autrement qu'à l'occasion du service militaire, ne sont point du pécule castrense. (Loi 11, D. *de castrensi peculio*, et loi C. 1, *eod. tit.*) Que, si un parent du soldat, qui est en même temps son camarade, et qui sert avec lui, l'institue son héritier, l'hérédité sera réputée du pécule castrense, si le testament est fait pendant le service; mais non s'il avait été fait auparavant. (Loi 19, D. *de castrensi peculio*) ».

III. L'introduction du pécule castrense amena bientôt celle du pécule quasi-castrense. On considéra que les services des personnes employées dans les dignités ou charges publiques, n'étaient pas moins utiles à l'État que ceux des militaires. En conséquence, on mit en principe que tout ce que gagneraient les fils de famille dans l'exercice de pareils emplois, serait pour eux un pécule quasi-castrense, et leur appartiendrait à ce titre en pleine propriété.

Cette faveur ne fut d'abord accordée qu'aux magistrats du premier ordre, c'est-à-dire, aux proconsuls, aux préfets des légions, aux présidens des provinces, et à tous ceux qui, revêtus de quelque dignité ou administration, recevaient des gages du prince ou du public : *Quemadmodùm constitutum fuerat in proconsulibus et præfectis legionum, et præsidibus provinciarum, et omnibus generaliter qui in diversis dignitatibus vel administrationibus positi à nostrâ conseqüuntur manu, vel ex publicis salariis, quasdam largitates.* Ce sont les termes de la loi 37, C. *de inofficioso testamento.*

Mais ce même texte, dont Justinien est l'auteur, a étendu ce privilége à plusieurs autres personnes, et

1° Aux avocats, *viris disertissimis patronis causarum;*

2° A ceux qu'on appelait *memoriales*, et qui étaient préposés pour écrire ou faire écrire les lois et les rescrits, *virisque devotissimis memorialibus;*

3° A ceux qui étaient connus sous le nom d'*agentes in rebus*, et dont les fonctions étaient, suivant Calvin dans son *Lexicon*, de pourvoir à tous les besoins de la cour impériale, et de faire exécuter promptement dans les provinces les ordres du souverain;

4° Aux professeurs des sciences et arts libéraux, *magistris studiorum liberalium,*

c'est-à-dire, comme l'explique la loi 1, D. *de extraordinariis cognitionibus*, à ceux qui enseignent publiquement la réthorique, la grammaire, la géométrie, la jurisprudence et la médecine;

5° Aux médecins du prince, *archiatris*, terme qui désignait littéralement les chefs des médecins, et qu'on leur appliquait parceque leur qualité de médecins de l'empereur les mettait au-dessus de tous leurs confrères;

6° Enfin, à toutes les personnes qui reçoivent des gages ou salaires publics, *et aliis omnibus omninò qui salaria vel stipendia percipiunt publica.*

Les lois 34 et 50, C. *de episcopis clericis*, et le chap. 19 de la novelle 123, rangent sur la même ligne les évêques, les prêtres, les diacres, les sous-diacres, les chantres, les lecteurs et tous les autres clercs. C'est de là que l'art. 20 du tit. 1 de la coutume de Saint-Mihiel déclare *les bénéficiers* exempts de la Puissance paternelle, *pour le regard des choses et affaires concernant leurs bénéfices.*

La loi 1, C. *de castrensi omnium palatinorum peculio*, dit la même chose des officiers attachés à la maison du prince; elle veut qu'ils tiennent à titre de pécule *quasi-castrense*, tout ce qu'ils gagnent, tout ce qu'ils économisent, tout ce qu'ils reçoivent de la libéralité du souverain, pendant l'exercice de leurs fonctions.

Le président Maynard, liv. 5, chap. 1, dit que, dans nos mœurs, on a étendu les dispositions de ces lois aux greffiers, aux procureurs, aux notaires et aux chirurgiens. Mais Graverole, sur La Roche-Flavin, liv. 6, article *Testament*, §. 4, assure que ce magistrat s'est trompé, et que les arrêts du parlement de Toulouse démentent son assertion.

Furgole propose là-dessus un certain milieu.

« Par l'usage du parlement de Toulouse (dit-il) on a étendu le même privilége aux conseillers et autres juges, à tous les médecins, aux secrétaires du roi, aux greffiers des cours supérieures, et aux procureurs au parlement.

» Mais on en exclud les notaires, les chirurgiens, les procureurs et greffiers des siéges subalternes....

» Ce privilége doit encore être refusé aux huissiers, selon M. Cujas, sur la loi 2, C. *de apparitoribus magistri militum* ».

Despeisses tient à peu près le même langage, d'après Ferrière, annotateur de Guy-Pape :

« Les médecins (ce sont ses termes) peuvent tester de ce qu'ils gagnent en l'exercice de leurs charges (parceque cela est réputé *quasi-castrense*); il en est de même des procureurs et greffiers des cours souveraines, et de toutes autres personnes relevées en quelque dignité, et qui reçoivent des gages du public. L. *ult.* C. *de inofficios. test.* Mais il faut que celui qui veut jouir de ce privilége soit non-seulement expert, mais aussi constitué en quelque dignité. *Dict. l. ult.*, §. 1.

» C'est pourquoi les greffiers des cours subalternes ne peuvent pas tester, ni les procureurs de telles cours, ni les notaires, comme il a été jugé au parlement de Toulouse, en l'an 1554, contre un testament fait par un fils de famille, notaire, qui fut déclaré nul à la poursuite du père. Il en est de même des chirurgiens ».

Vedel, sur Catellan, liv. 2, chap. 55, paraît encore plus rigoureux que tous ces auteurs. Il soutient, par exemple, qu'à l'égard des médecins, on doit se conformer strictement à la loi dernière, C. *de inofficioso testamento*, et par conséquent, restreindre aux médecins du roi la faculté d'avoir un pécule *quasi-castrense*.

On voit, par ces différens détails, qu'un fils de famille ne peut avoir un pécule *quasi-castrense*, que par le concours de deux conditions : il faut 1° qu'il soit revêtu de l'un des offices ou emplois de la possession desquels les lois ou l'usage ont fait réulter le droit d'avoir un patrimoine de cette espèce; 2° qu'il ait acquis des biens quelconques par l'exercice ou à l'occasion de cet office ou emploi.

Il y a cependant une exception à cette règle, et c'est la loi 7, C. *de bonis quæ liberis*, qui nous la fournit : elle décide que tout ce qui sera donné par le prince ou son épouse, soit en meubles, soit en immeubles, à un fils de famille, appartiendra au donataire en toute propriété, et lui tiendra lieu de pécule quasi-castrense : *Ad similitudinem castrensis peculii omnem facultatem in eas (res) filii vel filiæ-familiàs habeant.*

IV. Le pécule adventice est composé de ce que le fils de famille gagne par son travail; de ce qui lui est donné par testament ou acte entre-vifs, de ce qui lui échoit par succession, en un mot, de tout ce qu'il acquiert autrement que des deniers ou à l'occasion des affaires de son père. C'est la disposition expresse de la loi 6, *de bonis quæ liberis*, au Code : *Si quis itaque filiusfamiliàs aliqua sibi acquisierit, non ex ejus substantiâ cujus in Potestate sit, sed ab aliis quibuscunque causis, quæ ex liberalitate fortunæ, vel laboribus suis ad eum perveniant; eas suis parentibus, non in plenum, sicut anteà fuerat sancitum, sed usque ad usumfructum solum acquirat.....*

V. Le pécule profectice est, à partir de la définition littérale de ces mots, l'ensemble de tout ce qui provient au fils de l'administration et du maniement de biens du père, et l'on fait entrer dans cette espèce de patrimoine, tous les gains, toutes les acquisitions que fait le fils, non-seulement au nom, mais encore à l'occasion de son père. *Quæ enim invidia est*, dit l'empereur Justinien, dans ses Institutes, liv. 2, tit. 9, §. 2, *quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?*

VI. Il n'est pas toujours aisé de discerner les choses qui appartiennent au pécule profectice, d'avec celles qui entrent dans le pécule adventice.

Le président Bouhier, chap. 16, nº 11, rapporte, d'après Févret et Bouvot, un arrêt du parlement de Dijon, du 23 janvier 1617, par lequel *il fut jugé que les biens d'un fils âgé de quarante ans, demeurant avec son père, et ayant acquis ces biens sans avoir ni office ni bénéfice, appartenaient à son père, suivant les lois.*

Cette décision est conforme au principe établi par Voët (sur le Digeste, liv. 15, tit. 1), Sommeren (*de jure novercarum, cap.* 12), Gudelinus (*de jure novissimo, lib.* 1, *cap.* 13) et Van Leuwen (*Censura forensis, part.* 1, *lib.* 2, *cap.* 12, nº 4), que tout ce que gagne, par son travail, un fils demeurant et entretenu dans la maison paternelle, est censé faire partie de son pécule profectice; à moins qu'il ne fasse un commerce séparé, ou qu'il ne soit en société avec son père, ou (ajouterons-nous, d'après l'usage général des pays de droit écrit) qu'il ne soit question d'un retrait lignager exercé sur un bien vendu par celui-ci.

Nous disons *d'après l'usage* : car, si l'on s'en tenait aux véritables maximes, on n'admettrait pas au retrait d'un bien vendu par son père, le fils de famille qui n'a rien en propre. C'est en effet ce qu'enseignent Mourgues sur les statuts de Provence, et Chasseneuz sur la coutume de Bourgogne, rubr. 5, §. 2.

« On ne saurait nier (dit à ce sujet le président Bouhier) que Chasseneuz n'ait en cela raisonné conséquemment; car, si le fruit du retrait devait passer au père, ce serait lui permettre d'exercer cette action sous le nom de son fils; ce qui serait contre la bonne foi et la bienséance. Mais, depuis le temps de Chasseneuz, les arrêts ont adouci cet effet de la Puissance paternelle pour le cas du retrait; et comme le droit romain y avait déjà apporté quelques limitations, nos pères ont cru, suivant le sentiment de plusieurs docteurs, pouvoir encore en ajouter une autre, pour les biens que le père avait mis hors de la famille, que le fils voulait y faire rentrer. Le parlement de Dijon l'a jugé ainsi par quelques arrêts.....

» Ce n'est pas (cependant) qu'il ait voulu abroger les lois qui adjugent au père tout ce qui est acquis par le fils; il a cru seulement devoir y apporter une exception pour le cas particulier du retrait lignager et cela par une raison d'équité qui est fort touchante : c'est qu'il ne serait pas juste de priver le fils d'un droit qui lui est acquis par la coutume, sans qu'il y ait eu de sa faute ».

La coutume d'Auvergne en dispose expressément ainsi : « Les descendans, soit émancipés ou non, peuvent retraire l'héritage » vendu par leurs père et mère et ascendans ». Ce sont les termes de cette loi municipale, chap. 23, art. 12.

Telle est aussi la jurisprudence du parlement de Toulouse. Maynard, liv. 7, chap. 32, en rapporte un arrêt, du 27 juin 1603, par lequel il a été préjugé qu'un fils non émancipé pouvait retirer le bien vendu par son père, quoiqu'il n'eût absolument rien en propre, et que ce fût le père même qui fournissait les deniers. Catelan, liv. 3, chap. 12, nous en retrace un semblable : « Le fils de famille (ce » sont ses termes) est reçu, pendant la vie de » son père, à recouvrer par retrait lignager » les biens vendus par son père. Il y a un arrêt qui le décide ainsi, à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. de Cassaignan, le 18 juin 1667 ».

On trouve dans le recueil de Boyer (*Boërius*), décis. 238, deux arrêts du parlement de Bordeaux, qui jugent la même chose; l'un est rapporté sans date, et l'autre est du 14 août 1521.

Dunod, *Traité des Retraits*, chap. 4, prouve très-bien que les mêmes principes sont reçus au parlement de Franche-Comté.

« Il a été jugé (dit-il), le 21 avril 1662, entre les nommés Rousselet et Barbier, que le fils de famille, quoique non émancipé, ni autorisé, pouvait retraire le bien que son père avait vendu.

» La même chose avait été décidée le 10 juin 1548.

» Le 30 août 1614, aux enquêtes, au rapport de M. d'Olivet, entre les sieurs Duplessis et Duval, un retrait fait par un fils de famille, de l'autorité de son père, d'un bien que son père avait vendu, fut estimé valable.

» Et le 23 avril 1713, au rapport de M. Mandinet de Montrichier, à la grand'chambre, il a été jugé, entre M. le marquis de

Broissia et la veuve Dufour, que M. le marquis de Broissia avait pu retirer, des deniers qu'il avait fournis, et comme légitime administrateur des biens de son fils, des héritages qu'il avait vendus lui-même ».

C'est ce qu'a aussi jugé le grand conseil de Malines, par un arrêt du 19 février 1611, confirmé depuis en révision, et par quelques autres, dont Cuvelier fait mention en le rapportant.

Mais comment accorder cette jurisprudence avec les deux principes dont on s'est longtemps servi pour la combattre : le premier, qu'un père profite de tout ce qu'acquièrent les enfans non émancipés qui n'ont aucun bien de leur chef; le second, qu'il n'est pas permis à un lignager de faire passer dans des mains étrangères, le bien qu'il a acquis par la voie du retrait?

Rien de plus simple. Ecoutons le président Bouhier :

« Comme il ne serait pas raisonnable que le père pût faire sous le nom de son fils, ce qu'il ne peut faire sous le sien propre, on a trouvé ce tempéramment, qu'il n'aurait rien dans l'héritage retiré par son fils, comme il ne peut rien prétendre dans les biens qui lui ont été donnés à condition que le père n'en jouira point.

» C'est ainsi qu'on doit concilier les arrêts qui ont jugé de la sorte, avec ceux qui ont décidé qu'en cette province, tout ce qu'acquiert le fils, appartient au père, à l'exception des cas énoncés dans le droit ».

Dunod, à l'endroit cité, dit à peu près la même chose; et cela est conforme à la jurisprudence des arrêts. La Peyrère en rapporte un du parlement de Bordeaux, du 3 mars 1663, par lequel il a été décidé qu'un père ayant vendu un fonds, il ne pouvait ensuite le retraire sous le nom d'un de ses enfans âgés de trois ans, sans affirmer qu'il le faisait pour celui-ci.

Charondas, sur l'art. 139 de la coutume de Paris, dit pareillement que, « si le père retire au nom de son fils quelque héritage, » il est fait propre au fils et lui appartient, et » non au père; ce qui a été (ajoute-t-il) confirmé par plusieurs arrêts de la cour, en » manière que le père ne peut disposer dudit » héritage au préjudice de son fils, qui sera » bien recevable à le revendiquer de ceux qui » l'auront acheté de son père, comme a été » jugé par arrêt du 15 juillet 1570, donné à » l'audience, au rôle de Poitiers ».

Basnage, sur l'art. 482 de la coutume de Normandie, rapporte un arrêt du parlement de Rouen, du 10 décembre 1644, qui confirme hautement ce dernier point; et il remarque que, d'après cette décision, « on ne doute pas » au palais, que l'héritage retiré par le père » au nom de ses enfans, ne leur appartienne, » et qu'il ne peut plus l'aliéner à leur préjudice, quoiqu'il en ait fourni les deniers ».

De là cette conséquence, dit Charondas, que, si le fils meurt avant le père, « l'héritage » appartiendra aux héritiers du fils, du côté » et ligne dont il est issu et procédé, et non » au père, soit par droit de réversion, ou » comme héritier des meubles et acquêts de » son fils, suivant l'arrêt donné (au parlement de Paris), entre Madeleine le Plat, » appelante, et Jean Dupuis et consorts, » intimés, le 7 septembre 1570 ».

Si l'héritage retiré est un fief, continue le même auteur, « il se partira comme fief » échu en ligne collatérale, auxquels les sœurs » du défunt ne succéderont, en étant exclus par la coutume, sauf à faire rapporter » par le fils ou ses héritiers à la succession du » père, les deniers déboursés par le père pour » faire le retrait, comme a été jugé par » arrêt du 18 mai 1585, en la coutume de » Chartres ».

Que sera-ce donc, si le fils ou ses héritiers ne rapportent pas à la succession du père les deniers employés au retrait?

On suivra alors ce que l'art. 139 de la coutume de Paris a réglé par rapport au remboursement que l'héritier des propres est tenu de faire, dans la succession du retrayant, à celui des acquêts : le bien retiré demeurera dans la succession du père, et sera partagé comme s'il n'eût jamais appartenu au fils. C'est ce que porte l'art. 482 de la coutume de Normandie : « L'héritage retiré par le père » ou la mère au nom de l'un de ses enfans, » doit être remis à partage, si d'ailleurs l'enfant n'a biens suffisans pour payer le prix » de la clameur ». On retrouve la même disposition dans les placités de 1666, art. 101.

VII. Lorsque le fils ne demeure pas avec son père, ou n'est pas entretenu par lui, tout ce qu'il gagne par son travail, tombe dans le pécule adventice.

C'est ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, que Catellan rapporte en ces termes (liv. 2, chap. 46) :

« Claire Crosilles, se mariant avec Pierre Avelines, du consentement de Joseph Crosilles, son père, se constitue tous ses biens, entre autres 1500 livres à elle dues par la dame d'Hocquincourt, par une promesse, pour des gages du service rendu à cette dame, en qualité de sa demoiselle. Le mari reçoit cette

somme de 1500 livres..... Claire Crosillés étant morte sans enfans, Pierre Avelines, son mari, lui succède au moyen de la constitution de tous les biens. Pierre Avelines étant mort *ab intestat*, Marie et Catherine Avelines, ses deux sœurs, demandent la quatrième partie de tous les biens de Joseph Crosilles, mort *ab intestat* avant elle. A quoi il est répliqué par Marguerite Crosilles, sœur de Claire, et autres héritiers de Joseph Crosilles, que Marie et Catherine Avelines, comme succédant à Claire Crosilles, doivent rapporter à la succession de Joseph Crosilles la somme de 1500 livres....

» Par arrêt de l'année 1677, Marie et Catherine Avelines sont relaxées de ce rapport ».

Catellan ajoute qu'il n'y eut là-dessus aucune difficulté, et que l'arrêt passa tout d'une voix,

« Parceque, par la constitution de Justinien, en la loi *cùm oportet*, C. *de bonis quæ liberis*, il est ordonné que ce que les fils de famille acquièrent de leur travail, leur appartient en propriété : *Si quis filiusfamiliàs aliquid sibi acquisierit.... laboribus suis...., parentibus non in plenum, sed usque ad usumfructum solum acquirant, dominium autem filiis inhæreat.*

» Ce que le fils gagne par son travail doit lui appartenir comme le fruit de ce travail. Le père n'y peut prétendre aucune propriété, parceque cela ne provient pas de ses biens et de sa substance, et par conséquent n'est pas sujet au rapport, suivant la décision de la loi dernière, C. *de collationibus : ut res quas parentibus acquirendas prohibemus, nec collationi post obitum eorum subjaceant* ».

VIII. Les chartes et les coutumes de Hainaut contiennent, sur ces différens points, des dispositions qui méritent quelque attention, tant par les particularités qu'elles nous offrent, que par le jour qu'elles répandent sur le droit commun des autres pays.

Voici d'abord ce que porte l'art. 3 du chap. 22 des chartes générales : « De tout ce » que profiteront enfans qui ne seront nourris et entretenus de père ou de mère, âgés » en-dessus dix-huit ans, par leur art, services, épargnes ou industrie, ils en pourront disposer, si comme de meubles, par » testament ou autrement, et de leurs acquêts des biens immeubles, si aucuns en » avaient, par déshéritance selon loi; sans » par les créditeurs de père et mère se pouvoir adresser auxdites épargnes ou acquêts » de tels enfans, par vouloir dire qu'ils » seraient au pain de leur père et mère ».

Ce texte présente plusieurs questions à décider.

D'abord, le droit qu'il accorde aux enfans qui fournissent eux-mêmes aux frais de leur entretien, peut-il avoir lieu quand ils ne sont pas émancipés?

A ne consulter que la coutume du chef-lieu de Mons, la négative ne souffrirait pas la moindre difficulté. Voici en effet ce que porte le chap. 10 : « *Item*, que tous enfans demeurans ès villes subalternes sortissantes audit » chef-lieu de Mons, ainsi âgés que devant » est dit (1), désirant être hors de pain de » leurs père et mère ou duquel d'eux que fût, » afin de par iceux enfans pouvoir faire leur » négoce et profit, et éviter les dettes de » leursdits père et mère; se pourront d'eux-» mêmes mettre hors de pain de leursdits » père et mère, pourvu qu'ils soient accom-» pagnés de leurs communs amis, deux de » chacun côté : et donneront à connaître les » causes pour quoi faire le pourront et de-» vront....; à tel état que, si accordé leur est, » iceux enfans seront, de là en après, tenus » pour mis hors de pain de leursdits père et » mère, pour pouvoir par iceux enfans faire » leur plaisir et volonté de ce que acquérir » pourront seulement; sans que leursdits » père, mère, ne leurs créditeurs y puissent » clamer, ne demander droit ou bailler empêchement, ne même iceux enfans devoir » être assujétis à quelque dette engendrée » et accrue par lesdits père ou mère, depuis » la déclaration de ladite mise hors de pain ».

La coutume de Chimay est semblable, sur ce point, à celle de Mons. Voici comment elle s'exprime, chap. 6, art. 1 : « Tous enfans ré» sidans sous ledit chef-lieu, âgés de vingt» cinq ans, désirant faire leur trafic et profit » particulier, et s'affranchir des dettes de » leurs père et mère, pourront d'eux-mêmes, » si bon leur semble, demander d'être mis » hors de pain de leursdits père et mère ».

Il est clair, aux termes de ces deux textes, que l'émancipation doit concourir avec le trafic séparé, pour qu'un enfant puisse faire des acquisitions sur lesquelles les créanciers de son père et de sa mère n'aient rien à prétendre.

Mais cette disposition est particulière aux chefs-lieux de Mons et de Chimay; et l'on ne peut, sous aucun prétexte, l'étendre aux autres parties du Hainaut.

En effet, l'art. 5 du chap. 93 des chartes

(1) C'est-à-dire, âgés de vingt-cinq ans, si ce sont des mâles, et de dix-huit, si ce sont des filles.

générales porte : « Enfans mineurs et en pain » de père et mère pourront acquérir fiefs » pour eux et leurs hoirs; mais ne les pour» ront vendre, s'ils ne sont âgés de vingt et » un ans ».

On dira peut-être que cette disposition est bornée aux fiefs; mais celle de l'art. 3 du chap. 32 ne l'est pas; elle comprend toutes les espèces d'immeubles. Rappelons-en les termes : « De tout ce que profiteront enfans » qui ne seront nourris et entretenus de » père ou de mère, âgés en-dessus de dix» huit ans, par leur art, services, épargnes » ou industrie, ils en pourront disposer, si » comme de meubles par testament, et de » leurs acquêts de biens immeubles, si aucuns » en avaient, par déshéritance selon loi, sans » par les créditeurs de père et mère se pou» voir adresser auxdites épargnes ou acquêts » de tels enfans, *par vouloir dire qu'ils se*» *raient au pain de leurs père et mère* »; c'est-à-dire, quoique ces enfans soient encore soumis à la Puissance paternelle, termes qui semblent n'avoir été ajoutés à cet article, que pour établir une différence plus marquée entre les chartes générales et les coutumes des chefs-lieux de Mons et de Chimay, et en conséquence faire entendre que, hors ces deux parties du Hainaut, les biens acquis par des enfans de famille qui se nourrissent et s'entretiennent eux-mêmes, ne peuvent être saisis par les créanciers du père et de la mère, sur le seul prétexte du défaut d'émancipation.

En argumentant *à contrario* de l'article que je viens de rappeler, il est indubitable que les créanciers d'un père ou d'une mère peuvent se pourvoir sur les biens acquis par un enfant qui n'est pas émancipé et ne fournit pas lui-même aux frais de son entretien, n'importe que leurs créances soient antérieures ou postérieures aux acquisitions, parce qu'on présume que les acquisitions n'ont été faites qu'avec l'argent du père ou de la mère; ce qui néanmoins paraît devoir être restreint aux acquisitions faites à titre onéreux.

Mais peut-on conclure du même article, ainsi que du chap. 10 de la coutume du chef-lieu de Mons et de l'art. 1 du chap. 6 de celle de Chimay, que le père et la mère soient propriétaires absolus de tout ce qu'acquièrent les enfans qu'ils nourrissent et tiennent sous leur Puissance?

Cette conséquence est sans contredit trop générale; elle est vraie dans certains cas, mais fausse dans bien d'autres.

Il est d'abord incontestable que le père et la mère n'ont rien à prendre sur la propriété des biens acquis par leurs enfans à titre lucratif. L'art. 5 du chap. 32 des chartes générales ne leur en donne que l'usufruit; encore n'est-ce que pour un certain temps et sous certaines réserves, comme on l'expliquera aux mots *Usufruit paternel*.

A l'égard des acquisitions à titre onéreux, il y a plusieurs distinctions à faire.

Si le fils de famille acquiert au nom et comme gérant les affaires de son père, point de doute que celui-ci ne soit propriétaire absolu du bien acquis. Il le serait même en pareil cas, si l'acquisition était faite par un étranger. C'est ce que décide l'empereur Justinien dans ses Institutes, liv. 2, tit. 9, §. 12: *Ex his itaque apparet*, ce sont ses termes, *per liberos homines quos vestro juri subjectos non habetis...., nullâ ex causâ vobis acquiri posse; et hoc est quod dicitur per extraneam personam nihil acquiri posse : excepto eo quod per liberam personam, veluti per procurationem, placet non solùm scientibus, sed et ignorantibus vobis, acquiri possessionem, et per hanc possessionem, etiam dominium, si dominus fuerit qui tradidit.*

Quand le fils de famille acquiert sous son nom, il faut distinguer s'il y emploie les deniers de son père ou les siens.

S'il y emploie les deniers de son père, c'est certainement à celui-ci que le bien doit appartenir. *Sancitum etenim à nobis est*, dit l'empereur Justinien, liv. 2, tit. 9, §. 2, *ut si quid ex re patris ei obveniat, hoc, secundùm antiquam observationem, totum parenti acquiratur : quæ enim individia est quod ex patris occasione profectum est, hoc ad eum reverti?*

En vain opposerait-on que la propriété des deniers n'influe en rien sur celle du bien qu'ils ont servi à acquérir, et qu'une chose achetée avec l'argent d'autrui, ne laisse pas d'appartenir à la personne au nom de laquelle l'acquisition a été faite. Cette maxime est constante dans la thèse générale; mais elle admet une exception en faveur des pères de famille; le texte qu'on vient de rapporter, le prouve assez; et le sentiment unanime des docteurs, telle que Balde, Fulgose, Jason, Decius, Paul de Castro, Socinus, etc., ne laisse plus là-dessus le moindre doute.

Si cependant un père de famille donnait une permission expresse ou tacite à son fils d'acheter quelque chose sous son propre nom, avec les deniers dont il lui aurait confié l'administration, ce serait au fils que la chose achetée appartiendrait. L'art. 4 du chap. 93 des chartes générales en contient la preuve : « Père » ou mère, en acquérant fief, pourra faire » adhériter l'un de ses enfans en la propriété

79283

» et soi-même en l'usufruit, ne payant... » qu'un droit seigneurial ». Si la saisine qu'un fils de famille prend, avec le consentement de son père, d'un bien acheté par celui-ci, l'en rend propriétaire, à plus forte raison doit-elle produire le même effet lorsque le fils a acheté lui-même.

C'est sur ce fondement qu'a été rendu un arrêt du parlement de Flandre, du 31 janvier 1764. Noël-François Michel, de Braine-le-Comte, voulait faire entrer dans le partage de la succession de sa mère, une maison acquise en 1755, par Marie-Antoinette sa sœur, demeurant à Berlaymont. Il prétendait que n'ayant point de pécule particulier, ne faisant aucun commerce, et vivant avec sa mère, elle n'avait pu acheter qu'avec les deniers de celle-ci, et que par conséquent l'acquisition appartenait à la succession maternelle. On répondait que la mère avait manifesté plusieurs fois son consentement à l'achat fait par la fille sous son propre nom; qu'ainsi, l'on devait présumer qu'elle lui en avait donné les deniers de la main à la main, et que, le rapport à succession n'ayant point lieu en Hainaut, il ne pouvait être question de rapporter la chose ni le prix. Par l'arrêt cité, Noël-François Michel fut débouté de sa demande.

A l'égard des acquisitions qu'un fils de famille fait sous son nom et avec son propre argent, il est certain qu'elles n'appartiennent pas à son père, quoique celui-ci le nourrisse et l'entretienne. L'empereur Justinien le décide expressément ainsi à l'endroit cité : *Quod autem ex aliâ causâ sibi filiusfamiliâs acquisivit, hujus... dominium apud eum remaneat; ne quod ei suis laboribus vel prosperâ fortunâ accesserit, hoc, in alium perveniens, luctuosum ei perveniat.*

On m'opposera sans doute l'art. 3 du chap. 32 des chartes générales, qui ne défend aux créanciers du père de toucher aux biens acquis par le fils, que dans le cas où celui-ci fournit lui-même aux frais de son entretien. Le chap. 10 de la coutume de Mons paraît encore plus contraire à ce que j'avance, puisqu'en défendant au père et à la mère de *clamer, ne demander droit ou bailler empêchement* sur les acquêts que font leurs enfans émancipés, il semble leur donner droit à ceux que leurs enfans ont pu faire avant leur émancipation.

Mais je ne saurais me persuader que les législateurs du Hainaut aient voulu s'éloigner du droit commun et de l'équité, au point d'attribuer à un père tout ce que ses enfans acquièrent de leurs propres deniers. La faculté que l'art. 3 du chap. 32 des chartes générales accorde implicitement aux créanciers d'un père de se pourvoir sur les biens acquis par ses enfans dans le temps qu'il les nourrissait et entretenait, cette faculté ne prouve pas que ces biens lui appartiennent; c'est une simple précaution contre les fraudes qu'un débiteur peut faire à ses créanciers, en fournissant à ses enfans de quoi faire des acquisitions sous leur propre nom. La coutume établit, à l'égard de ces fraudes, une présomption *juris et de jure* contre les fils de famille qui partagent la table et la demeure de leur père, parceque les liens étroits qui les unissent à lui, facilitent extrêmement l'usage des voies sourdes et des moyens obliques dont on ne se sert que trop souvent pour frustrer de légitimes créanciers. Mais conclure de là que les biens acquis par les enfans, appartiennent au père, ce serait une inconséquence dont un seul exemple suffit pour démontrer l'absurdité. Il est de maxime qu'un créancier peut se pourvoir contre le tiers-détenteur des biens aliénés frauduleusement et à son préjudice : cependant si le débiteur ne les possède plus, il n'y a plus le moindre droit; l'aliénation qu'il en a faite, est inattaquable de sa part; preuve sensible et sans replique, qu'on ne doit pas toujours argumenter du droit des créanciers à celui du débiteur. Cette manière de raisonner est même d'autant plus vicieuse dans notre espèce, que le droit commun ne laisse rien à prétendre aux créanciers d'un père sur les biens que ses enfans ont achetés de leurs propres deniers : l'art. 3 du chap. 32 des chartes générales a dérogé à ce point de jurisprudence; mais on ne peut raisonnablement étendre cette dérogation au-delà de ses termes précis : *Quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentiam.* Ce sont les termes de la loi 14, D. *de legibus.*

Quant au chap. 10 de la coutume de Mons, il ne prouve pas que les enfans non émancipés ne puissent rien acquérir pour eux-mêmes. Il décide, à la vérité, qu'un père ne peut *clamer ne demander droit* sur les acquisitions faites par son fils après son émancipation; mais inférera-t-on de là qu'il soit propriétaire de toutes celles qui sont antérieures à cette époque? Il y a bien loin d'une conséquence aussi éloignée du droit commun, au principe dont elle est tirée; et elle paraît d'autant moins juste, qu'en interprétant *secundùm subjectam materiam*, les mots *clamer, ne demander droit*, on ne peut les entendre que d'un simple usufruit; car c'est à quoi sont constamment bornés les droits des pères sur les biens adventices de leurs enfans. Le cha-

tre dont il s'agit, en contient lui-même la preuve dans les termes suivant : « Et ne pourront lesdits enfans rien aliéner ni fourfaire *de leurs biens par eux acquis*, s'ils ne sont ainsi âgés et mis hors de pain, que dit est ». Ces termes annoncent évidemment que les fils de familles sont propriétaires de leurs acquisitions, mais qu'ils n'en peuvent disposer avant leur émancipation ; ce qui tranche absolument toute difficulté.

Le parlement de Flandre a rendu, sur cette matière, un arrêt qui justifie mon système. En voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par le président Dubois d'Hermanville, chap. 31.

Anne Menassé, veuve de Severin Caniot, demeurant à Cartigny, village du chef-lieu de Mons, avait disposé, par son testament, de tous les acquêts qui pourraient lui appartenir, en faveur de deux de ses enfans, Pierre et Jacques, à l'exclusion des deux autres, Jean et Catherine. Pierre étant venu à mourir après elle, Catherine demanda le quart de sa succession, et prétendit y faire entrer le quart des acquêts qu'il avait faits du vivant de la mère. Jacques s'y opposa, sur le prétexte que ces biens ne se trouvaient pas dans la succession de Pierre, mais dans celle de la mère ; et pour le prouver, il articula que Pierre avait toujours demeuré avec sa mère et qu'elle l'avait toujours nourri et entretenu, faits dont il tirait la conséquence que la mère avait été propriétaire de toutes les acquisitions faites par Pierre.

Les parties ayant été appointées à faire preuve, les enquêtes respectives ont constaté que Pierre avait effectivement demeuré avec sa mère jusqu'à la mort de celle-ci ; qu'il avait toujours vécu à la même table, mais qu'il faisait un commerce séparé, dont il ne rapportait aucun produit à la masse commune, et qu'il avait acquis les biens litigieux pour son compte particulier.

Toute la cause se réduisait donc à cette seule question de droit : un fils de famille qui fait un commerce à part, tandis qu'il est nourri et entretenu par son père, fait-il sien tout ce qu'il achète pour son compte personnel ?

Les officiers du bailliage d'Avesne avaient adopté la négative, en déboutant Catherine Caniot de sa demande en partage des acquêts faits par le défunt, du vivant de la mère.

Mais leur sentence, rendue le 22 janvier 1689, fut infirmée au parlement par un arrêt que Dubois d'Hermanville dit avoir été rendu à son rapport, sans en indiquer la date.

Cet arrêt juge nettement deux points remarquables :

Le premier, qu'un père de famille ne peut s'arroger la propriété des biens qu'acquièrent de leurs propres deniers, les enfans qu'il nourrit et tient sous sa Puissance ;

Le second, qu'un enfant est présumé, à l'égard de son père et de ses frères et sœurs, acquérir de ses propres deniers, quand il fait un trafic séparé dont il lui revient un certain produit.

Ce dernier objet mérite un moment d'attention. Les interprètes ont demandé si, dans le doute, on devait présumer qu'un fils de famille acquérait des deniers de son père, plutôt que des siens propres.

Les uns ont embrassé l'affirmative, sur le fondement de la loi 51, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, suivant laquelle, *cùm in controversiam venit undè ad mulierem quid pervenerit ; et verius et honestius est quod non demonstratur undè habeat, existimari à viro.... ad eam pervenisse ; evitandi autem turpis quæstûs gratiâ, circà uxorem hoc videtur Quintus Marcius probasse.* La loi 6, C. *eod. tit.*, décide précisément la même chose.

Les autres ont soutenu la négative, et ils se sont appuyés sur la loi 10, C. *arbitrium tutelæ*, qui déclare qu'un tuteur dont la fortune s'est augmentée dans le cours de son administration, n'est point présumé s'être enrichi du patrimoine de son pupille. Voici les termes de cette loi : *Si defunctus tutelam tuam administravit, non rerum ejus dominium vindicare vel tenere potes, sed tutelæ contrà ejus successores tibi competit actio. Debitum autem aliis indiciis comprobari oportet ; nam quod neque ipse neque uxor ejus quicquam antè administrationem habuerunt, non idoneum hujus continet indicium. Nec enim pauperibus industria vel augumentum patrimonii quod laboribus et multis casibus quæritur, interdicendum est.*

D'après l'opposition qui se trouve entre ces deux textes, il paraît assez difficile de prendre un parti certain entre les deux opinions auxquelles ils servent respectivement d'appui. Voici néanmoins ce que je crois pouvoir dire sur cette question.

La raison pour laquelle une femme est présumée tenir de son mari tous les biens dont elle ne peut renseigner exactement l'origine, est, comme le dit la première des lois que je viens de citer, *ad evitandam turpis quæstûs suspicionem.* Or, cette raison ne peut-elle pas s'appliquer à un fils de famille ? S'il a des biens dont on ignore comment il a pu faire l'acquisition, n'est-il pas plus juste de présu-

mer qu'il y a employé les deniers de son père que de soupçonner qu'il se soit servi de voies illicites pour se procurer de l'argent? Vainement dirait-il qu'il ne doit compte de sa fortune à personne, et qu'il n'est pas obligé de souffrir qu'on fouille dans son patrimoine, pour en pénétrer les secrets. Un père a certainement autant de droit de veiller sur la conduite de son fils, qu'un mari sur celle de sa femme: si donc une femme ne peut s'exempter de renseigner à son mari ou à ses représentans l'origine des biens dont elle est en possession, un fils de famille ne doit pas être plus privilégié à l'égard de son père.

Ce que décide la loi 18, C. *arbitrium tutelæ*, ne prouve rien contre l'opinion que je crois devoir adopter. Avant qu'un tuteur s'immisce dans son administration, il faut que la nature, la quantité et l'étendue des biens qui en sont l'objet, soient constatées par un inventaire exact; et, quand la majorité ou la mort du pupille ont mis fin à ses fonctions, il faut qu'il rende un compte fidèle de sa recette, de sa dépense et de tout ce qui lui a été confié. Il n'est donc pas possible qu'il s'approprie impunément les deniers pupillaires, ni qu'il s'en serve pour augmenter son patrimoine aux dépens du pupille. Mais les lois n'ont ni pris ni pu prendre les mêmes précautions contre les distractions qu'un enfant peut faire des biens de son père. On ne peut donc pas, en argumentant du tuteur au fils de famille, appliquer à celui-ci une disposition qui n'est fondée que sur des motifs particuliers à celui-là.

Mais cette présomption, que la raison et la loi élèvent contre un enfant, doit cesser lorsque les circonstances donnent lieu de croire qu'il a acquis de ses propres deniers: et cela arrive, quand il a des biens assez considérables et qu'il en jouit, ou quand il fait un commerce séparé: c'est ce qu'a jugé l'arrêt des Caniot, dont on vient de voir l'espèce: et ce qui en appuie singulièrement la décision, c'est que tous les interprètes conviennent qu'une femme est également présumée acquérir de son propre argent, quand elle fait un trafic à part, ou quand elle a beaucoup de biens paraphernaux. *V.* l'article *Femme*, n° 9.

Il nous reste une difficulté sur l'âge que doit avoir un fils de famille pour faire sien ce qu'il est censé acquérir de ses deniers.

L'art. 3 du chap. 32 des chartes générales semble fixer cet âge à dix-huit ans: « De » tout ce que profiteront enfans qui ne se- » ront nourris et entretenus de père et mère, » âgés en-dessus de dix-huit ans, par leur » art, services, épargnes ou industrie, ils » ne pourront disposer.... ».

C'est d'après cet article que Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, page 14, exige qu'un fils de famille soit âgé de dix-huit ans, pour que ses acquisitions lui appartiennent.

Mais comment concilier cette interprétation avec les art. 5 et 6 du chap. 93: « En- » fans mineurs et en pain de père et de mère » pourront acquérir fiefs pour eux et leurs » hoirs..... *Si lesdits mineurs, au temps des-* » *dits acquêts, n'avaient l'âge, si comme le* » *fils de quinze ans, et la fille de douze ans,* » leur père et mère, ou autre plus prochain » parent tiendra le bail, conformément à ce » qui a été dit pour autres fiefs »?

Une disposition aussi claire et aussi précise ne peut laisser le moindre doute sur le droit qu'ont les enfans de famille de s'approprier leurs acquisitions, lors même qu'ils n'ont pas l'âge de dix-huit ans. Il faut donc interpréter l'art. 3 du chap. 32 autrement que ne le fait Dumées; et l'on ne peut, suivant moi, le faire plus naturellement, qu'en rapportant les mots *âgés en-dessus de dix-huit ans*, à ceux-ci: *ils en pourront disposer par testament*; de manière qu'il en résulte ce sens: Les enfans de famille ne pourront tester avant l'âge de dix-huit ans, de tout ce qu'ils auront acquis auparavant pour leur compte particulier. Cette interprétation paraît d'autant plus exacte, que l'art. 2 permet de tester avant l'âge de dix-huit ans, et que l'objet principal de ce chapitre intitulé, *des testamens et exécution d'iceux*, n'est point de régler l'âge auquel les fils de famille peuvent acquérir pour eux-mêmes, mais celui auquel ils peuvent disposer par testament de ce qu'ils ont acquis.

[[IX. Le Code civil décide expressément, art. 384 et 387, que le fils de famille fait siens, et les biens qui lui échoient par succession, et ceux qu'il acquiert, même avant l'âge de 18 ans, *par un travail et une industrie séparés*, et ceux qui lui sont légués ou donnés. *V.* l'article *Usufruit paternel.*]]

X. En voilà assez sur la distinction du pécule profectice d'avec le pécule adventice: occupons-nous maintenant des particularités propres à celui-ci.

Une des plus remarquables est l'usufruit qui appartient régulièrement au père sur tous les biens qui composent ce pécule. On développera aux mots *Usufruit paternel*, tous les détails de la jurisprudence relative à cette matière.

XI. Une autre particularité non moins digne d'attention, est le pouvoir qu'a le père

aliéner et d'hypothéquer, au nom de ses enfans, les biens adventices qui sont soumis à son usufruit. C'est la disposition expresse de la loi 8, §. 4, D. *de bonis quæ liberis*. « Et sur ce principe (dit Dunod), le parlement de Franche-Comté, par arrêt rendu » en juillet 1717, débouta Claude et Hugues » Robert de la révendication de leurs biens » maternels, que leur père avait aliénés sans » décrets ni formalités, et en leur nom, » pour payer leurs dettes ».

Mais il faut pour cela le concours de deux conditions.

La première, que l'aliénation se fasse au nom des enfans; le texte cité le veut absolument : *Habeat pater*, dit-il, *licentiam ex rebus.... sufficientem partem* NOMINE FILII *venundare*. La loi 6, §. 2, du même titre, confirme cette disposition, en déclarant que le père ne peut ni aliéner ni hypothéquer en son nom les biens adventices de ses enfans, *tantummodò alienatione vel hypothecâ* SUO NOMINE *patribus denegatâ*. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Franche-Comté, du 21 mars 1725, rapporté par Dunod.

La seconde condition est que l'aliénation soit nécessitée par des besoins pressans, ou provoquée par une utilité évidente. C'est ce que portent les §. 4 et 5 de la loi 8, C. *de bonis quæ maternis*, et ce qu'enseigne pareillement l'auteur que nous venons de citer :

« Quoique le père (dit-il) soit dispensé des formalités, il n'a pas pour cela le droit de vendre le bien de ses enfans sans cause; il faut qu'il y ait nécessité ou utilité, ou qu'il conste de cette cause par d'autres endroits que par l'assertion que le père en aurait faite dans le contrat d'aliénation ou ailleurs. »

» Ainsi, par arrêt rendu aux enquêtes, au rapport de M. Marrelier, le 3 mars 1725, entre les Gaulard et Reine Pignet, la cour déclara nulle une vente faite par le père de ladite Pignet, de ses biens maternels, pour payer ses dettes, parcequ'il consta qu'il n'y en avait point de pressantes ».

Mynsingère, cent. 6, obs. 61, nº 5, fait mention d'un arrêt semblable de la chambre impériale de Spire.

On va plus loin encore dans la plupart de nos coutumes : on y déclare nulles indistinctement toutes les aliénations que font les pères des biens de leurs enfans non émancipés, sans y être autorisés par un décret de justice, et sans remplir les autres formalités requises de la part des tuteurs et curateurs. C'est ce que porte notamment la coutume de Metz, chap. 1, art. 5.

[[Et tel est l'esprit du Code civil, qui, n'établissant à cet égard aucune différence entre les fils de famille non émancipés et les mineurs en tutelle, est nécessairement censé les assimiler les uns aux autres.]]

XII. Le père peut-il demander lui-même la nullité de l'aliénation qu'il a faite indûment du bien de son fils ?

Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 36, déf. 1, établit l'affirmative par des raisons de droit, et la confirme par un arrêt du sénat de Chambéry, du 27 juillet 1588.

Brillon, au mot *Fils*, cite trois arrêts du parlement de Bordeaux, du 2 septembre 1676, du 23 août 1693 et de 1694, par lesquels il prétend que des enfans, même émancipés, ont été déclarés non-recevables, pendant la vie de leurs pères, à attaquer les aliénations que ceux-ci avaient faites, sans cause légitime, de leurs biens adventices.

Mais ces arrêts, si la citation en est exacte, ont évidemment mal jugé. La loi 4, C. *de bonis quæ liberis*, décide en termes formels, que le fils de famille peut agir à ce sujet, dès qu'il est affranchi de la Puissance paternelle : *non prohibendis iisdem liberis quandocumque sui juris fuerint, nullâ temporali præscriptione obsistente, easdem res omnibus modis vindicare*. Elle ajoute que la prescription court contre lui en faveur de l'acquéreur, du moment même de son émancipation : *nisi fortè postquàm potestate parentum eos contigit liberari, tantùm temporis effluxerit, ut ex continuâ et inconcussâ tenentis possessione eorum intentio excludatur*. La loi 1, C. *de annali exceptione*, n'est pas moins décisive. « Nous ordonnons (dit-elle) qu'aucune pres- » cription temporaire ne pourra être opposée » aux fils de famille, si ce n'est du jour qu'ils » auront pu agir, c'est-à-dire, du jour qu'ils » auront été dégagés des liens de la Puissance » paternelle ».

XIII. Remarquons cependant qu'en Normandie, on suit exactement la jurisprudence que les arrêts cités par Brillon, semblent prêter au parlement de Bordeaux.

C'est ce qui vient d'être jugé au parlement de Rouen, entre le sieur Belleau de Courthonne, fils du sieur Belleau de Saint-Paul, d'une part; les sieurs François-Adrien et Adrien-François Thibaud, fils d'Adrien Thibaud, et la dame de Rocqueney, curatrice à l'interdiction du sieur Belleau de Saint-Paul, de l'autre.

Le sieur Belleau de Saint-Paul avait *clamé*, c'est-à-dire, retiré de ses deniers, au nom de

ses enfans, des héritages de leur ligne ; et le délaissement lui avait été fait en sa qualité, par acte du 20 septembre 1753.

Le 13 novembre 1754, il a revendu ces mêmes héritages au sieur Adrien Thibaud, qui, par sa mort arrivée peu de temps après, les a transmis à ses enfans.

Dans la suite, le sieur de Saint-Paul se trouvant décrété dans ses biens, séparé de corps d'avec son épouse, et ne subsistant que d'une pension alimentaire qu'elle lui faisait, le sieur de Courthonne, son fils, a pris des *lettres de loi apparente*, pour revendiquer, sur les sieurs Thibaud, les héritages dont il s'agit, attendu, disait-il, que j'en suis devenu propriétaire par le délaissement qui en a été fait à mon père, sur sa clameur ; et que, par conséquent, le sieur Adrien Thibaud les a achetés à *non domino* : il consentait toutefois de leur rembourser le prix de l'acquisition, sans doute parceque ce prix avait été avancé par son père, à qui il n'en avait point fait la restitution.

Les sieurs Thibaud ont répondu que, du vivant du sieur de Saint-Paul, le sieur de Courthonne, son fils, n'ayant point encore renoncé ni pu renoncer à sa succession, n'avait point d'action pour les déposséder ; qu'au moins ses lettres de loi apparente étaient prématurées.

Le bailli d'Orbec, par sentence du 5 juillet 1779, a entériné les lettres de loi apparente. Sur l'appel des sieurs Thibaud, le parlement de Rouen, par arrêt du 4 avril 1783, au rapport de M. Durantot, « a mis l'appellation » et ce au néant ; émendant, a ordonné que » les sieurs Thibaud jouiraient des fonds en » question jusqu'au décès du sieur Belleau » de Saint-Paul, sauf, après son décès, l'action du sieur Belleau de Courthonne ; les » défenses des sieurs Thibaud, au contraire ».

On a prétendu autrefois aller beaucoup plus loin. On voulait que le père fût maître absolu des biens qu'il retirait au nom de ses enfans ; et cela précisément parcequ'il avait fourni les deniers du retrait. Mais c'était contrevenir à la maxime que la chose acquise avec l'argent d'autrui, ne laisse pas d'appartenir à la personne au nom de laquelle l'acquisition a été faite. Aussi avons-nous vu plus haut, n° 6, Basnage assurer que, de son temps, on ne doutait déjà plus, au palais, « que l'héritage retiré par le père, au » nom de ses enfans, ne leur appartint, et » qu'il ne pouvait plus l'aliéner à leur préjudice, quoiqu'il en eût fourni les deniers ». Il ajoute que Bérault en rapporte plusieurs arrêts, et que « cela fut encore jugé par un » arrêt du 20 décembre 1644, au rapport de » M. Fermanel ».

Cet auteur nous avertit cependant que le père conserve toute sa vie la jouissance du bien dont il a fait le retrait de ses deniers au nom de ses enfans ; et c'est sur ce fondement, continue-t-il, qu'un arrêt du 15 novembre 1685 a jugé que le fils ne peut pas, en vendant l'héritage retiré sous son nom, priver son père de l'usufruit qui lui en appartient. C'est, comme on le voit, le même principe qui a dicté l'arrêt du 4 avril 1783.

Une autre singularité que nous offre, sur cette matière, la jurisprudence du parlement de Normandie, c'est le pouvoir qu'elle accorde au père qui prend une succession directe au nom de ses enfans, d'en vendre les biens, sans cause, sans formalité, sans autorisation quelconque.

« On a jugé, par plusieurs arrêts (dit Laquesnerie, dans ses notes sur Basnage, tome 2, page 583, édition de 1778), qu'un père peut vendre des héritages provenant d'une succession directe qu'il a prise au nom de ses enfans ».

» Le sieur Dagneaux renonça à la succession de son père et la prit sous le nom de son fils ; ensuite il vendit du bien de cette succession. Son fils prit des lettres de loi apparente ; mais, par arrêt du 13 août 1726, il en fut débouté et l'acquéreur fut maintenu en possession.

» La même chose a encore été jugée, par arrêt rendu au rapport de M. Mouchard, le 22 d'août 1743, en faveur de Madeleine Bigot, veuve Coulon, contre Elisabeth Quesne. Voici l'espèce de cet arrêt.

» Le père d'Elisabeth Quesne avait pris la succession de son père sous le nom de son fils mineur ; et depuis il avait vendu à Madeleine Bigot, les héritages provenans de cette succession. Le fils renonça aussi à la succession de son père ; il prit des lettres de loi apparente pour réclamer les biens vendus à Madeleine Bigot, et il mourut. Elisabeth Quesne, sa sœur, se porta son héritière, reprit le procès qu'il avait commencé, et soutint que son père, qui avait pris la succession de son aïeul sous le nom de son fils, n'avait pu vendre les biens provenant de cette succession ; que les biens provenant de cette succession, n'avaient jamais appartenu au père, mais au fils ; que Madeleine Bigot qui les avait acquis, les avait acquis de quelqu'un qui n'en était pas propriétaire, et qui, par conséquent, n'avait pu lui transmettre aucun droit de propriété à ces biens. Par l'arrêt, Elisabeth Quesne fut dé-

boutée de ses lettres de loi apparente, et Madeleine Bigot fut maintenue dans la propriété et jouissance des héritages en question, sauf néanmoins à Elisabeth Quesne à exercer sur les biens son action en tiers-coutumiers, s'il y avait lieu ».

[[Toutes ces particularités de la jurisprudence normande sont abrogées par le Code civil. *V.* la loi du 30 ventôse an 12, art. 7; et ci-devant n° 10.]]

XIV. De droit commun, le père a les mains plus libres pour administrer que pour aliéner le bien adventice du fils de famille. La loi 1, C. *de bonis maternis*, déclare qu'il est, à cet égard, considéré comme propriétaire : « Il » peut agir (ce sont les termes de ce texte) » avec le même pouvoir que s'il avait la pro» priété pleine et entière de ce bien ».

La coutume de la gouvernance de Douai dit la même chose, tit. 11, art. 1 : « Enfans » procréés en légal mariage, sont et demeu» rent en la Puissance de leur père... (qui) » peut être en jugement, pour et au nom » d'eux, pourchassant et défendant leurs » biens, droits et actions ».

La Touloubre nous a conservé quatre actes de notoriété du parquet d'Aix, qui s'accordent parfaitement avec ces dispositions. Le premier est du 15 décembre 1719, le deuxième, du 21 mars 1720, le troisième du 15 janvier 1738, et le quatrième du 3 septembre 1740. Ce dernier porte que « le père, par droit de » Puissance paternelle, est le tuteur naturel » et légitime administrateur des droits et » biens et de la personne de ses enfans; qu'en » cette qualité, il a tout droit de les repré» senter, d'ester en jugement pour eux, de » les défendre, d'assister à tous les actes » concernant les biens qui peuvent leur ob» venir, d'en faire le partage avec leurs » co-héritiers ou légataires universels, même » d'en percevoir et toucher les revenus, lors» qu'il y a lieu ».

La Touloubre fait, sur cet acte de notoriété, une observation qu'il est important de remarquer :

« Le père (dit-il) peut, en qualité de tuteur légitime de son fils, transiger sur les droits douteux dont il a l'administration, suivant la loi 12, C. *de transactionibus;* mais il ne peut pas causer un préjudice à son fils, par un département à un droit acquis. Il a été rendu à ce sujet, un arrêt remarquable, conformément aux conclusions que je portai pour MM. les gens du roi.

» On avait douté si l'art. 5 de l'ordonnance de 1735 imposait au notaire la nécessité d'écrire lui-même le testament nuncupatif. La question s'étant présentée dans une cause où il s'agissait du testament de la dame de Ricard, de Marseille, il intervint arrêt qui ordonna que les parties s'adresseraient au roi.

» Une déclaration du 24 mars 1745 prononça la nullité des testamens nuncupatifs, écrits par les clercs ou par d'autres personnes que les notaires eux-mêmes, à l'exception néanmoins, pour le passé, des testamens qui auraient été approuvés et exécutés par personnes majeures et capables de s'obliger valablement.

» Il fut question de décider si l'approbation donnée par le père, en recevant le paiement du legs fait en faveur de son fils, par un testament qui n'avait pas été écrit par le notaire, formait obstacle à la demande en cassation. Par arrêt rendu en 1746, à l'audience du rôle, il fut jugé que cette approbation ne pouvait nuire au droit qui était acquis au fils par l'ordonnance, pour faire prononcer la cassation du testament ».

L'acte de notoriété auquel cette observation se rapporte, déclare, comme on l'a vu, que le père peut recevoir les revenus des biens adventices de son fils; mais il ne dit rien sur la question de savoir s'il peut également recevoir le paiement des capitaux.

Quelques auteurs soutiennent la négative; mais Cujas, sur la loi 6, C. *de bonis quæ liberis*, rejette cette opinion, et assimile l'administration du père à celle du tuteur, qui a constamment le pouvoir d'exiger les dettes actives. Le président Favre, dans son *Code*, liv. 6, tit. 38, déf. 15, embrasse la même doctrine, et elle a été confirmée par plusieurs arrêts. Cambolas, liv. 4, chap. 48, en rapporte deux du parlement de Toulouse, des 8 janvier 1605 et 21 février 1623, qui ont jugé que le père, même marié en secondes noces, peut exiger les legs faits à son fils, sans condamnation précédente, et sans être tenu de donner caution. La Peyrère nous en a conservé deux autres du parlement de Bordeaux. Le premier, du 11 juillet 1645, a décidé qu'un père pouvait recevoir sans caution, et sans compenser, ce qu'il devait de son chef, une somme de 200 livres, léguée à son fils. Par le second, en date du 4 février 1669, il fut jugé qu'un père avait pu valablement recevoir une somme de 1500 livres, due à son fils non émancipé, comme héritier du nommé Martiallot.

[[Aujourd'hui, la Puissance paternelle ne confère plus, en matière d'administration, d'autres pouvoirs que ceux qui sont inhérens à la tutelle. (*V.* ci-devant, n° 10).

Mais, par cette raison, le père peut, aujourd'hui, dans toute la France, recevoir le remboursement des capitaux dus à son fils mineur et non émancipé. *V.* l'article *Paiement*, n° 3.]]

XV. L'administration du père ne dure pas toujours autant que son droit d'usufruit. Le président Favre, à l'endroit cité, déf. 7, rapporte un arrêt du sénat de Chambéry, du 23e juin 1592, qui a jugé qu'un père interdit pour mauvaise conduite, perdait l'une et conservait l'autre.

XVI. La coutume de la châtellenie de Lille a porté plus loin qu'aucune autre loi, les effets de la Puissance paternelle sur les biens adventices du fils. Elle déclare, tit. 13, art. 2, que « toutes donations faites à enfans étant » en la Puissance du père, et non émancipés, » appartiennent au père, si avoir les veut, » n'est qu'elles soient faites par ledit père à » ses enfans ».

[[Mais sa disposition est abrogée. *V.* ci-devant, n° 9.

XVII. La Puissance paternelle produit-elle, sur les biens du père à qui elle appartient, l'effet de les grever, au profit de ses enfans, d'une hypothèque légale pour sûreté des répétitions qu'ils ont à exercer contre lui, en sa qualité d'administrateur de leurs biens personnels ?

Voyons d'abord ce qu'avaient réglé là-dessus les lois romaines.

La question ne pouvait pas s'élever dans l'ancien droit romain, qui déférait au père, non la simple administration, mais la pleine propriété, de tout ce qui ne tombant pas dans le pécule castrense ou quasi-castrense, à l'égard duquel le fils de famille était réputé *sui juris*, advenait à celui-ci, soit par succession, soit par donation, soit à tout autre titre; elle manquait totalement d'objet dans un pareil état de choses.

Mais il en fut autrement après que Constantin eut, par la loi 1, C. *de bonis maternis*, ordonné que désormais les biens qui échoiraient au fils de famille par la mort de sa mère, lui appartiendraient en nue propriété, et que le père n'en aurait que l'usufruit; après sur tout que cette disposition eut été étendue par les empereurs Valentinien, Théodose, Léon, Anthémius et Justinien, d'abord aux successions des parens maternels du fils de famille (1), ensuite à ce qui lui adviendrait à titre de gains nuptiaux (1), enfin à tout ce qu'il acquerrait autrement que des deniers ou à l'occasion des affaires de son père (2).

Prétendit-on alors appliquer au fils de famille l'hypothèque tacite que l'empereur Constantin avait, par la loi 20, C. *de administratione tutorum*, accordée au pupille sur les biens de son tuteur (3)?

Il parait que personne ne s'en avisa, tant on était généralement éloigné de confondre l'administration d'un père avec celle d'un tuteur.

Cependant, par la loi 8, §. 4 et 5, C. *de secundis nuptiis*, l'empereur Justinien voulut, en 486, que, si le père venait à se remarier, ses biens fussent, dès ce moment, hypothéqués, non-seulement à la conservation, au profit de ses enfans de premières noces, des libéralités qu'il avait reçues de leur mère, mais encore à celle des biens qui leur étaient advenus à eux-mêmes du chef de celle-ci ou de leurs parens maternels (4).

C'était une exception qui supposait évidemment l'existence d'une règle diamétralement contraire; et Justinien eut soin, en 529, d'en faire expressément la déclaration par la loi 6, C. *de bonis quæ liberis*. Que les fils de famille ne s'avisent pas (dit-il, §. 2) d'exercer une hypothèque quelconque sur les biens de leur père, soit pendant sa vie, soit après sa mort, pour les malversations qu'il pourrait commettre dans l'administration de leur fortune personnelle (5), sauf à

(1) C. Theodos., loi 6, *de bonis maternis*.

(1) Lois 4 et 5, C. *de bonis quæ liberis*.

(2) Loi 6 du même titre.

(3) Avant cette loi, et par le droit des Pandectes, les pupilles n'avaient, sur les biens de leurs tuteurs, qu'un *privilége* qui n'avait d'effet que contre les créanciers chirographaires. C'est ce que démontre parfaitement Voët, *Commentarii in Pandectas*, liv. 20, tit. 2, n° 19.

(4) *In illo etiam veterem sanctionem adimplentes, præcipimus, exemplo matris cujus res post secundas nuptias filiis ex priore matrimonio natis in hypothecâ suppositæ sunt, ad conservanda eis lucra quæ in priore matrimonio ad eam pervenerunt, patris quoque bona quæ habet habiturusque est, filiis ex priore matrimonio natis, post secundas ejus nuptias, ad ea conservanda quæ ex eorum matre lucratus est, supposita esse. Illius etiam patris, qui in suâ potestate talem liberum vel liberos habens, maternam eis substantiam, vel ex maternâ lineâ ad eos devolutam servare compellitur, bona iisdem liberis supposita esse ad conservandas easdem maternas res decernimus.*

(5) *Non autem hypothecam filiifamiliâs adversùs res patris viventis adhùc, seu jàm mortui, sperare audeant; nec ratiocinia ei super administratione inferre; sed tantùmmodo alienatione, vel hypo-*

eux (ajouta-t-il, §. 4) à se prévaloir de l'hypothèque tacite que nous leur avons précédemment accordée pour la conservation des biens de leur mère et des donations qu'elle aurait pu leur faire (1); réserve qui se référait manifestement à la loi 8, C. *de secundis nuptiis*, et n'avait conséquemment pour objet, comme le remarque Brunneman sur cette loi même (2), que le cas de secondes noces.

Ces dispositions étaient trop claires pour laisser prise au moindre doute. Cependant on trouve dans le Code du président Favre, liv. 8, tit. 7, défin. 13, un arrêt du sénat de Chambéry, du 30 juillet 1614, qui, prenant l'exception pour la règle générale, et convertissant la règle générale en exception, jugea que l'une et l'autre devaient être entendues en ce sens, que le père, même non remarié, était soumis à l'hypothèque légale dans tous les cas où il avait excédé les pouvoirs d'un administrateur et d'un usufruitier, et qu'il n'en était affranchi que lorsqu'il n'y avait eu de sa part que simple faute ou négligence.

Cette interprétation était évidemment trop absurde pour qu'un magistrat aussi éclairé que le président Favre, y donnât son assentiment. Aussi a-t-il soin de nous avertir que l'arrêt passa contre son avis, *me dissentiente*.

Du reste, Cujas, dans ses paratiles sur le Code Justinien, n'hésite pas à dire que *quæ ab aliis administratoribus exiguntur et à patre desiderari* INVERECUNDUM *esse... ut bona ejus, pro officio administrationis, tacito jure obligata sint.* Et Perez, sur le titre *de bonis quæ liberis*, n° 10, du même Code, tient le même langage : *sed quoniam lex confidi quod pater ultroneè sit administrationem accepturus, et in eâ fideliter versaturus,* OB ILLAM FIDUCIAM *ipsum liberat à rationum redditione et satisdatione; nec enim præstat fructuariam cautionem nec ejus bona sunt, tacito pignore, filio obligata. Hoc datum* PATERNÆ REVERENTIÆ.

Examinons maintenant comment la question doit être jugée sous le Code civil, et voyons si aujourd'hui les biens du père qui, du vivant de la mère, et pendant le mariage, administre les biens personnels de ses enfans mineurs, sont frappés, au profit de ceux-ci, de la même hypothèque qui, aux termes des art. 2121 et 2135, les grève de plein droit et sans inscription, lorsque c'est comme tuteur et après la dissolution du mariage que le père les administre.

L'affirmative a été adoptée par un arrêt de la cour royale de Toulouse, du 23 décembre 1818,

« Attendu qu'aux termes de l'art. 389 du Code civil, le père est administrateur des biens personnels de son fils mineur, et comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement de ceux dont la loi lui donne l'usufruit;

» Attendu que le père administrateur étant ainsi et quant à ce, assimilé au tuteur, il doit offrir les mêmes garanties aux intérêts de son fils mineur, c'est-à-dire que, conformément à l'art. 2135 du Code civil, ses biens doivent être affectés à une hypothèque légale indépendamment de toute inscription à raison de sa gestion à commencer;

» Attendu que telle serait incontestablement la position du père en faveur de son fils mineur, si le mariage était dissous par la mort de la mère; et qu'on ne voit pas de motifs pour qu'elle puisse être autre à cet égard pendant le mariage;

» Attendu que toutes les raisons de morale et de sagesse qui ont déterminé le législateur à accorder aux mineurs, sur les biens de leurs tuteurs, une hypothèque légale indépendamment de toute inscription, militent et plus fortement, s'il est possible, pour faire accorder au fils mineur cette même hypothèque légale sur les biens de son père administrateur;

» Attendu qu'on ne peut penser que le législateur, après avoir établi positivement que le père était comptable de son adminis-

---

thecâ suo nomine patribus denegatâ, rerum habeat parens plenissimam potestatem, uti fruique his rebus quæ per filiosfamiliâs, secundum prædictum modum, adquiruntur, et gubernatio rerum earum sit penitùs impunita, et nullo modo audeat filiusfamiliâs, vel filia, vel deinceps persona vetare eum in cujus potestate sunt, easdem res tenere, aut quo modo voluerit gubernare; vel si hoc fecerint, patriæ potestas in eos exercenda est. Sed habeat pater vel aliæ personæ quæ enumeratæ sunt, plenissimam potestatem uti frui, gubernare que res prædicto modo acquisitas.

(1) *Sed cùm tacitas hypothecas tàm veteres leges in quibusdam certis casibus introduxerunt, quàm nos in maternis cæterisque donationibus quas servare necesse est, et dubitabatur ex quo tempore hypothecas competere oportet, utrumne ab initio aut ex eo tempore ex quo malè aliquid gestum est, compendiosâ narratione interpretamur, initium gerendæ, vel deferendæ administrationis, vel observationis, esse spectandum, et non tempus ex quo malè aliquid gestum fuerit.*

(2) *Licet filius regulariter ob administrationem bonorum adventitiorum non habeat jus tacitæ hypothecæ, in quibusdam tamen casibus habet hypothecam, ut in secundis nuptiis.*

tration, ait voulu rendre cette disposition illusoire, en n'accordant pas au fils mineur une hypothèque sur les biens du père administrateur, et qu'il ait dépouillé par-là, pour la première fois, cette vigilante sollicitude qu'il a toujours montrée pour la personne et les biens du mineur;

» Attendu que l'économie des dispositions législatives, sur l'autorité paternelle et sur la tutelle, repoussent cette supposition (1) ».

Ces motifs sont spécieux, mais sont-ils bien concluans?

L'hypothèque légale, surtout celle qui s'établit sans inscription, est certainement un privilége, une exception au droit commun; et il est de principe que l'on ne peut pas, même sous prétexte d'analogie, étendre hors de leurs cas précis, les dispositions législatives qui créent des exceptions au droit commun, des priviléges. *Quod contrà rationem juris receptum est, non est producendum ad consequentias*, dit la loi 14, D. *de legibus*.

Or, d'une part, quels sont ceux dont les biens sont, de plein droit, frappés d'hypothèque au profit des mineurs? Tous ceux qui administrent les biens de ceux-ci, n'importe à quel titre? Non. Ce sont seulement les *tuteurs*.

D'un autre côté, est-ce comme tuteur, que le père administre pendant le mariage les biens de ses enfans mineurs? L'art. 389 ne le dit pas; et ce qui prouve manifestement que son intention n'est pas de le dire, c'est qu'à la qualité de simple administrateur qu'il donne au père pendant le mariage, l'art. 390 fait succéder, après la dissolution du mariage, celle de tuteur.

La conséquence qui sort du rapprochement de ces deux articles, n'a pas échappé à l'orateur du gouvernement (M. Berlier), dans l'*Exposé des motifs* du titre *de la Tutelle* : « tout mineur (a-t-il dit) n'est pas nécessairement en tutelle; celui dont les père » et mère sont vivans, trouve en eux des » protecteurs naturels; et s'il a quelques » biens personnels, l'administration en appartient à son père. La tutelle commence » au décès du père et de la mère; car alors, » en perdant un de ses protecteurs naturels, » le mineur réclame déjà une protection » plus spéciale de la loi ».

Une autre preuve non moins palpable de la différence que le Code civil met entre l'administration du père pendant le mariage et la tutelle, c'est que l'art. 389, dont il n'était pas question dans le projet du titre *de la tutelle*, présenté au conseil d'état par la section de législation, n'y a été ajouté, pour former le préambule de l'art. 390, que sur la proposition du tribunat ainsi motivée :

« La section pense que cet article (l'art. 390) doit énoncer en termes précis quelle est, durant le mariage, la qualité du père par rapport aux biens personnels de ses enfans mineurs, soit pour ce qui concerne la propriété de ces biens seulement, s'il a droit à la jouissance, soit pour ce qui concerne la jouissance et la propriété, lorsque l'une et l'autre appartiennent à ses enfans. Jamais jusqu'à ce jour, le père ne fut qualifié de tuteur de ses enfans avant la dissolution du mariage. Si, pendant que le mariage existe, la loi n'admettait aucune différence entre le père et le tuteur proprement dit, il faudrait que le père fût, par rapport aux biens personnels de ses enfans, assujéti, durant le mariage à toutes les conditions et charges que la loi impose au tuteur; il faudrait que le père fût sous la surveillance d'un subrogé-tuteur, sous la dépendance d'un conseil de famille, etc.; ce qui répugne à tous les principes constamment reçus. Il paraît évident que, jusqu'à la dissolution du mariage, le véritable titre du père, et le seul qu'il puisse avoir dans l'hypothèse dont il est ici question, est celui d'administrateur.

» Cest sur cette observation qu'est fondée la disposition suivante, que la section adopte : *Le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs. Il est comptable quant à la propriété et aux revenus des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement, de ceux des biens dont la loi lui donne l'usufruit.* Cette disposition doit être placée en tête du chap. 2, dont l'art. 1er (390) deviendrait alors le second ».

Enfin, il est impossible de rien répondre à cet argument : l'art. 420 porte que, « dans » toute tutelle, il y aura un subrogé-tuteur » nommé par le conseil de famille. Ses fonc» tions consisteront à agir pour les intérêts » du mineur, lorsqu'ils seront en opposition » avec ceux du tuteur ». Or, c'est une vérité universellement reconnue que, pendant le mariage, il n'est jamais adjoint de subrogé-tuteur au père administrateur légitime des biens de ses enfans. Donc l'administration du père, pendant le mariage, n'est point une tutelle.

Mais, dès-lors, comment appliquer à l'administration légitime du père pendant le mariage, l'hypothèque légale que les art. 2121

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, année 1819, partie 2, page 204.

et 2135 font de plein droit et sans inscription, résulter de la tutelle? Il faudrait, pour cela, étendre les deux articles hors de leurs termes; et encore une fois, une pareille extension serait contraire aux premiers principes.

Qu'on ne dise pas qu'elle est ici commandée par l'identité de raison.

D'abord, c'est précisément pour le cas où il y a identité de raison entre une exception au droit commun et l'argument que l'on voudrait en tirer pour un objet qui n'y a pas été compris par le législateur, que la loi 14, D. *de legibus*, condamne cette manière d'argumenter; car elle est placée immédiatement après deux autres textes (1), où il est dit que les lois non exceptionnelles doivent être étendues, par identité de raison, aux objets semblables à ceux sur lesquels portent leurs dispositions; et elle forme une limitation à cette règle.

En second lieu, il n'est pas vrai que l'on puisse appliquer à l'administration légitime du père, le motif qui a déterminé la disposition des art. 2131 et 2135 du Code civil.

Pourquoi, après la dissolution du mariage, la loi frappe-t-elle les biens du père, devenu tuteur légitime de ses enfans mineurs, d'une *hypothèque* qui *existe indépendamment de toute inscription?* Parcequ'elle n'est pas sans inquiétude sur l'administration dans laquelle le père va entrer en qualité de tuteur, parcequ'elle craint qu'il ne s'y glisse des abus, et que les droits des enfans n'en soient altérés.

A-t-elle la même défiance pendant le mariage? Non, et ce qui le prouve d'une manière sans réplique, c'est que, pendant le mariage, elle n'exige pas qu'il soit adjoint un subrogé-tuteur au père.

D'où vient cette différence? De ce que, pendant le mariage, la mère est là pour surveiller l'administration du père; au lieu qu'une fois le mariage dissous, les enfans, *en perdant un de leurs protecteurs naturels, réclament déjà*, comme le disait l'orateur du gouvernement, *une protection plus spéciale de la loi.*

Mais, objecte l'arrêt de la cour royale de Toulouse, du 23 décembre 1818, ce n'est pas seulement par identité de raison, c'est même *à fortiori*, que l'on doit ici argumenter de la tutelle à l'administration légitime du père pendant le mariage. Pourquoi cela? L'arrêt ne s'en explique pas; mais il fait sans doute allusion à une assertion qui a été avancée au conseil d'état, séance du 26 frimaire an 10, dans la discussion du titre *de la Tutelle*, et qui consiste à dire que *le père est plus qu'un tuteur.*

J'admets cette assertion; mais c'est précisément de ce que le père est plus qu'un tuteur pendant le mariage, que résulte une nouvelle preuve de l'inapplicabilité des art. 2121 et 2135 à l'administration légitime dont il est investi par droit de Puissance paternelle; car c'est parcequ'il est, pendant le mariage, *plus qu'un tuteur*, que la loi lui accorde alors une confiance qui cesse dès le moment où la qualité de tuteur vient remplacer, dans sa personne, celle d'administrateur légitime; et comme la cessation de cette confiance est évidemment le motif de la disposition des art. 2121 et 2135, il est clair que la disposition de ces articles est sans objet tant que cette confiance subsiste.

Ajoutons que, dans le système adopté par la cour royale de Toulouse, la condition du père-administrateur légitime, serait pire que celle de père-tuteur.

En effet, le père-tuteur est autorisé par l'art. 2143, à faire restreindre l'hypothèque générale dont tous ses biens sont frappés, *aux immeubles suffisans pour opérer une pleine garantie en faveur des mineurs.* Mais que deviendrait cette faculté pour le père-administrateur légitime? Elle serait absolument illusoire pour lui; car il ne pourrait former sa demande en réduction que contre un *subrogé-tuteur* qui ne peut pas exister pendant le mariage, et elle devrait être précédée de *l'avis d'un conseil de famille*, dont la formation pendant le mariage serait une monstruosité.

Ce n'est pas tout : si le législateur avait entendu grever les immeubles du père-administrateur légitime, de la même hypothèque dont il a frappé ceux du père-tuteur, il aurait nécessairement établi, pour le cas de vente des premiers, un moyen de les purger de cette hypothèque, comme il en a établi un pour en purger les seconds, dans le même cas. Eh bien! c'est ce qu'il n'a pas fait. Suivant les art. 2193 et 2194, *les acquéreurs d'immeubles appartenant à des tuteurs* et sur lesquels *il n'existe pas d'inscription à raison de la gestion du tuteur*, peuvent *purger les hypothèques qui existent sur les biens par eux acquis;* et à cet effet, ils doivent notamment faire signifier *au subrogé-tuteur* un acte énonçant qu'ils ont déposé leur contrat *au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens.* Or, comment rempliraient-ils cette formalité, si c'était d'un père-administrateur

(1) Ils sont rapportés à l'article *Pâturage*, §. 1, n° 10.

légime qu'ils auraient acquis? Comment feraient-ils faire une signification à un *subrogé-tuteur* qui *n'existe pas ?*

Tout s'élève donc contre la doctrine embrassée par l'arrêt cité de la cour royale de Toulouse. Aussi a-t-elle été proscrite depuis,

1° Par un arrêt de la cour supérieure de justice de Bruxelles, du 22 mai 1819,

« Attendu que l'art. 2121 du Code civil a énoncé soigneusement les droits et créances auxquels l'hypothèque légale est attribuée; que c'est sur les biens des *tuteurs* que cette hypothèque y est donnée aux mineurs, et que c'est de même restrictivement que l'art. 2135 détermine l'époque où cette hypothèque existe à raison de la *gestion du tuteur;*

» Attendu que les enfans mineurs n'ont pas de tuteur aussi long-temps que leur père et mère sont en vie; d'où il suit que les dispositions du Code basées sur la tutelle, et limitativement relatives aux biens du tuteur, repoussent toute extension d'application aux biens du père, à raison de son administration des biens de ses enfans mineurs pendant le mariage;

» Que ce n'est donc qu'en argumentant par analogie que l'appelante sollicite ici l'application de ces dispositions par extension, en faveur de son fils; mais qu'il n'est pas au pouvoir du juge d'étendre les priviléges à des cas qui ne sont pas exprimés par la loi (1) »;

2° Par un arrêt de la cour royale de Douai, du 18 avril de la même année,

« Attendu que, quoique l'art. 389 du Code civil déclare le père, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs, soit placé sous le chapitre *de la tutelle*, la loi ne le considère néanmoins pas comme tuteur;

» Qu'il résulte en effet de l'art. 390 et de tout l'ensemble du tit. 20 du Code civil, que la tutelle ne s'ouvre qu'après la dissolution du mariage, arrivée par la mort naturelle ou civile de l'un des époux; que c'est alors seulement qu'un tuteur est donné aux mineurs, soit par la loi, soit par le conseil de famille;

» Que l'art. 420 veut que, dans toute tutelle, il y ait un subrogé-tuteur nommé par le conseil de famille; que l'art. 421 prescrit au tuteur légal de faire convoquer avant d'entrer en fonctions, un conseil de famille, pour la nomination d'un subrogé-tuteur, à peine d'être privé de sa tutelle, s'il y a dol de sa part;

» Qu'il est évident qu'aucune de ces dispositions ne peut s'appliquer au père, simple administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs, pendant le mariage, et que, dès-lors, la loi ne le considère pas comme tuteur, aussi long-temps que le mariage subsiste, et que les deux époux vivent;

» Que le Code civil n'accorde d'hypothèque légale aux mineurs, que sur les biens de leur *tuteur;* que, par cette expression *tuteur*, la loi n'a entendu que la personne chargée de la tutelle des mineurs, et non point le père, simple administrateur de leurs biens pendant la vie des époux;

» Que cela résulte des divers articles du Code où il est question d'hypothèque légale des mineurs, et notamment des art. 2121, 2135, 2136, 2137, 2138, 2141, 2142, 2143, 2193 et 2194 du Code;

» Que l'ensemble de ces dispositions, qui s'éclairent et se fortifient mutuellement, démontre que le législateur, en accordant une hypothèque légale aux mineurs et aux interdits sur les biens de leur tuteur, n'a aucunement entendu comprendre, sous le nom de *tuteur*, les pères, simples administrateurs, pendant le mariage, des biens de leurs enfans mineurs; que le texte, comme l'esprit, des articles ci-dessus cités s'oppose à ce qu'on donne à leurs dispositions une pareille extension;

» Que, s'il y a des inconvéniens à ce que les mineurs restent absolument sans hypothèque sur les biens de leurs pères, aussi *long-temps* que le mariage subsiste, il y aurait de bien plus graves inconvéniens encore à leur accorder, en ce cas, sur les immeubles de leurs pères, administrateurs de leurs biens, une hypothèque semblable à celle des mineurs et des interdits sur les immeubles de leurs tuteurs;

» Que, s'il en était ainsi, tous les maris se trouveraient frappés d'une espèce d'interdiction; que la crainte que leurs biens ne fussent grevés envers leurs enfans mineurs d'une hypothèque légale, dont l'existence et l'importance seraient difficiles à constater et à vérifier, porterait atteinte à leur crédit et les entraverait dans toutes leurs transactions; qu'ils ne pourraient plus disposer de leurs immeubles sans la plus grande gêne, même dans les cas les plus urgens, et où la conservation de leur crédit requerrait la plus grande célérité; que les acquéreurs, incertains si les enfans de leur vendeur n'auraient pas quelques biens dont il serait l'administrateur lé-

(1) Jurisprudence de la cour supérieure de justice de Bruxelles, année 1819, tome 2, page 81.

gal, ne voudraient pas payer qu'il n'eût rempli les formalités prescrites pour purger les hypothèques légales non inscrites;

» Que ces entraves éloigneraient du mariage, nuiraient au crédit particulier, ainsi qu'à la libre disposition des propriétés, et blesseraient les intérêts de la société, qui ne peut prospérer que, lorsque les immeubles sont dégagés, autant que possible, des hypothèques qui ne résultent pas de la convention des parties (1) »;

3° Par un arrêt contradictoire de la section civile de la cour de cassation, du 3 décembre 1821, qui rejette le recours en cassation dirigé contre le précédent,

« Attendu que la création d'une hypothèque, indépendante de toute inscription, est une mesure spéciale qui ne peut pas être étendue au-delà des cas pour lesquels cette espèce d'hypothèque a été établie;

» Que, d'après les art. 2121 et 2135 du Code civil, c'est sur les biens de leurs tuteurs, du jour de l'acceptation de la tutelle, que les mineurs ont une hypothèque existante indépendamment de toute inscription;

» Que le père qui, suivant l'art. 389 du même Code, est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs, n'est pas tuteur de ces enfans;

» Que l'art. 390 porte que la tutelle n'a lieu qu'après la dissolution du mariage, et qu'alors elle appartient de plein droit au survivant des père et mère;

» Que l'art. 389 veut que le père soit comptable, quant à la propriété et aux revenus, des biens dont il n'a pas la jouissance, et quant à la propriété seulement, des biens dont la loi lui donne l'usufruit; mais que le père n'étant pas tuteur, la loi n'a pas voulu que l'action personnelle qui dérive de cette comptabilité contre le père-administrateur, et qui, sans doute par sa confiance dans le caractère du père, lui a paru suffisante, entraînât l'hypothèque légale qui n'a lieu que sur les biens du tuteur;

» Qu'au surplus, la loi, en créant des hypothèques légales, a établi en même temps tous les moyens de les purger, et que, pour cet effet, la loi a prescrit dans toute tutelle la nomination d'un subrogé-tuteur, auquel doivent être faites les significations ordonnées par l'art. 2194;

» Que, lorsque le père est administrateur, il n'y a pas de subrogé-tuteur; ce qui prouve de plus en plus que la loi n'a pas voulu que l'hypothèque légale s'étendît sur les biens du père-administrateur;

» D'où il suit qu'en décidant que les enfans mineurs n'ont pas d'hypothèque légale sur les biens de leur père qui, durant le mariage, est administrateur de leurs biens personnels, la cour royale de Douai, loin de violer les art. 389, 2121 et 2135 du Code civil, s'est au contraire conformée à leurs dispositions (1) »;

4° Par un arrêt de la cour supérieure de justice de Liége, du 8 mars de la même année,

« Attendu que l'inscription hypothécaire, dont l'appelante demande la radiation, a été requise par l'intimée, le 15 mai 1815, à titre d'hypothèque légale, qui aurait existé au profit de ses enfans mineurs, issus de son mariage avec Jacques Hachstein, sur les immeubles de ce dernier, pour raison de l'administration qu'il a eue des biens dont sesdits enfans avaient été avantagés par le testament de la dame Lodevichs, veuve Craenendonck;

» Attendu que cette administration a eu lieu pendant ledit mariage, puisque la fille Judith-Jeanne-Sophie Hachstein, l'un des enfans mineurs, est décédée le 11 avril 1791, et que le fils, Petrus Hachstein, décédé en 1802, était devenu majeur en 1797, longtemps avant le divorce, ou la dissolution du mariage de ses père et mère, qui n'a été prononcé que le 30 mai 1800; d'où il résulte que Jacques Hachstein n'a pas administré lesdits biens comme chargé *de la tutelle* de ses enfans mineurs, mais comme simple administrateur et en qualité de père légitime;

» Attendu que ni le Code civil ni les anciennes lois invoquées par l'intimée, n'accordent le droit d'hypothèque légale aux mineurs, que sur les biens de leur tuteur, et nullement pour l'administration des biens personnels des enfans mineurs durant le mariage de leurs père et mère;

» Attendu que les enfans de l'intimée n'ayant eu aucun droit d'hypothèque sur les biens de leur père, ils n'en ont pas transmis à leurs héritiers; qu'ainsi, l'intimée n'a pu, à titre d'hypothèque légale, valablement requérir l'inscription dont il s'agit (2) ».]]

(1) Annales de la cour royale de Douai, tome 2, page 249.

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 22, page 8.

(2) Annales de jurisprudence de M. Sanfourche-Laporte, année 1823, tome 1er, page 95.

SECTION V. *Est-il au pouvoir d'un tiers de diminuer ou restreindre les droits de la Puissance paternelle par une condition apposée à la donation ou au legs qu'il fait à un fils de famille? Quel est alors l'effet d'une pareille condition?*

Il n'y a nul doute qu'en faisant un legs ou une donation à un fils de famille, on ne puisse ordonner que le père n'exercera pas sur les objets donnés ou légués, ses droits d'usufruit paternel. La loi 6, C. *de bonis quæ liberis*, et la novelle 117, chap. 1, sont là-dessus très-formels. [[C'est aussi la disposition expresse de l'art. 387 du Code civil.]]

Mais peut-on imposer au legs ou à la donation dont on gratifie un fils de famille, des conditions qui modifient, à d'autres égards, les droits de la Puissance paternelle? Cette question a été agitée dans l'espèce suivante.

La dame de Chambon avait trois filles, dont l'une, mariée à M. Dubois de Courval, conseiller au parlement de Paris, décéda laissant une fille mineure, dont M. Dubois de Courval fut nommé tuteur honoraire, et le sieur Nain tuteur onéraire.

Le 18 septembre 1762, la dame de Chambon fait un testament par lequel elle institue la demoiselle de Courval, sa petite-fille, sa légataire universelle, avec charge de substitution, à condition qu'elle ne pourra se marier qu'en la présence et du consentement par écrit du sieur de La Live, son oncle, et du sieur Dutartre, notaire, *indépendamment de celui de son père*: s'il arrive qu'elle se marie sans leur présence et leur consentement par écrit, la testatrice déclare révoquer le legs universel, et réduire sa petite-fille à sa légitime, faisant, en ce cas, don et legs de la portion de ce legs qui excédera la légitime à son frère et à ses sœurs. Par une autre disposition, la dame de Chambon veut que, dans les affaires de la tutelle de sa petite-fille, on consulte les sieurs de La Live et Dutartre, qu'elle nomme pour conseils de la substitution; elle ordonne qu'on défère à leurs avis, et qu'il ne puisse être fait aucun emploi ni remploi des biens de la succession qu'en leur présence et de leur consentement par écrit.

Ces dispositions ont été attaquées par M. Dubois de Courval, comme lui étant injurieuses, et contraires tant à l'autorité et à la Puissance paternelle qu'à sa qualité de tuteur: il a demandé en conséquence qu'elles fussent déclarées nulles. Le tuteur onéraire s'est joint à lui pour conclure, de son côté, à la nullité de la clause qui grevait la mineure de substitution, sans pouvoir demander sa légitime, et la réduisait à une simple portion légitimaire, dans le cas où elle se marierait sans le consentement des sieurs de La Live et Dutartre.

« C'est une injure gratuite (ont dit MM. Brousse et Gerbier, leurs avocats), c'est une injure gratuite et non méritée de la part de M. de Courval dont les affaires sont dans le meilleur ordre, que de l'astreindre à ne pouvoir gérer les biens de sa fille, sans le consentement et l'avis de deux conseils qu'on lui donne pour surveillans. C'est une injure encore plus grave de vouloir que sa fille ne puisse se marier qu'en la présence et du consentement de ces mêmes conseils, indépendamment de celui du père. La dame de Chambon a en cela excédé les bornes de son pouvoir. La demoiselle de Courval n'était pas en sa Puissance; l'autorité de l'aïeule est couverte par celle du père. A quelle extrémité la dame de Chambon ne réduit-elle pas sa petite-fille! Un mariage que cette fille mineure contracterait sans le consentement de son père, serait nul de plein droit; c'est la disposition précise de nos ordonnances. Si elle se marie avec le consentement de son père, mais sans le consentement des deux conseils que lui donne la dame de Chambon, elle perd son legs universel. Si elle veut concilier le consentement de son père avec celui des deux conseils, et qu'elle ne le puisse, ce qui est très-possible, il faudra qu'elle ne soit point mariée; ou du moins qu'elle ne le soit qu'en majorité, et en usant envers son père des sommations respectueuses: est-ce là *tester* dans un esprit d'équité maternelle?

» D'ailleurs, la dame de Chambon a ajouté une peine à sa disposition, en réduisant sa petite-fille à sa légitime, si elle se marie sans le consentement des sieurs de La Live et Dutartre; une pareille disposition est réprouvée dans nos mœurs. Ricard en rend témoignage dans son *Traité des donations*, part. 3, chap. 12, n° 1547: il excepte seulement deux cas: l'un, quand la peine est apposée contre un héritier, pour l'empêcher de faire quelque obstacle injuste à un légataire dans la délivrance de son legs; l'autre, quand la peine est apposée par forme d'alternative, et que ce qui se trouve en alternative, est légitime (1).

» On n'est ici ni dans l'une ni dans l'autre de ces exceptions. La demoiselle de Courval est réduite à sa légitime, si, dans l'action la plus importante de sa vie, qui est son mariage, elle obéit à son père; obligée par

(1) *V.* l'article *Peine testamentaire*, nos 4 et suivans.

la loi du devoir et du respect, de ne voir, dans une affaire aussi importante pour elle, que par les yeux de celui de qui elle tient le jour, il faut qu'elle consulte des étrangers; et s'ils sont divisés d'opinion, il faut qu'elle perde la moitié de la fortune de son aïeule, ou qu'elle préfère leur choix à celui de son père. Y eut-il jamais rien de plus contraire à la saine raison? C'est le cas de dire avec Ricard, que *l'interdiction n'est pas considérable, parcequ'en cette occasion, la volonté du défunt rencontre pour obstacle la loi en son entier; et la loi ne remarquant dans cette disposition qu'un esprit d'arrogance qui veut s'élever au-dessus de la disposition de la loi, pour permettre ce qu'elle défend, et interdire ce qu'elle ordonne, une pareille disposition, qui n'a d'autre but que de détruire la loi, est censée comme non écrite, et on n'y a jamais aucun égard.*

» On peut aller plus loin, et dire que la condition imposée par la dame de Chambon, est impossible à exécuter. En effet, il est contre la piété filiale que mademoiselle de Courval obéisse plutôt à des étrangers qu'à son père, sur le fait de son mariage, ou que des étrangers partagent l'autorité que les lois divines et humaines ont réunie dans la personne seule de M. de Courval. La demoiselle de Courval est censée ne pouvoir l'exécuter, et elle est dispensée d'y obtempérer, sans que du défaut d'exécution il puisse en résulter aucune peine : *Quæ facta lœdunt pietatem, existimationem, verecundiam, et ut generaliter dixerim, contrà bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est.* (Tous les faits qui blessent la piété, la réputation, la pudeur, et pour tout dire en un mot, qui sont contraires aux bonnes mœurs, nous ne devons pas les regarder comme possibles). Ce sont les termes de la loi 15, D. *de conditionibus institutionum.*

» Vouloir que mademoiselle de Courval, pour se marier, soit obligée de requérir et d'attendre le consentement par écrit de deux étrangers, indépendamment de celui de son père, est une condition aussi impossible que de lui prescrire de se marier avant l'âge requis par la loi. L'honnêteté publique, les bonnes mœurs, la piété filiale, l'autorité paternelle n'y sont pas moins blessées. La loi qui ordonne à mademoiselle de Courval, de voir et de choisir par les yeux de son père, en matière de mariage, la dispense d'une pareille condition; et dès-là, la clause qui la réduit à la légitime, si elle n'y satisfait pas, est une clause odieuse et absurde, qui doit être regardée comme non écrite.

» Trois exemples remarquables justifient ces principes.

» Eléonore Lempereur, qui plaidait contre son mari en séparation de corps et d'habitation, et qui s'était retirée dans un couvent, avait fait un testament olographe par lequel, en se plaignant des mauvais traitemens de son mari, elle lui avait ôté l'éducation de ses enfans. Le mari s'étant justifié de cette imputation, et ayant fait connaître que la source de la mésintelligence d'entre lui et sa femme, provenait uniquement du goût excessif qu'elle avait pour la dépense, le testament de la femme fut déclaré nul par sentence du châtelet, comme ayant entrepris injustement sur les droits que la loi donne au père sur ses enfans. Les exécuteurs testamentaires qu'elle avait choisis, dévoués à sa passion, ayant interjeté appel de cette sentence, elle fut confirmée, par arrêt du 3 mars 1653, sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon. *On a toujours rejeté,* dit l'arrêtiste, *ces sacrifices de colère et d'indignation, comme des marques d'une âme abandonnée à ses passions, et qui est privée pour un temps de la vraie lumière de la raison; à quoi M. l'avocat général Bignon ayant adhéré et combattu ces marques de haine qu'une femme violente avait voulu éterniser contre son mari par son testament, la cour, sur l'appel, mit les parties hors de cour et de procès.*

» Le deuxième exemple est le testament de M. Lecamus, ancien lieutenant civil... (1).

» Dans l'espèce du troisième arrêt, le marquis de Pomponne avait fait un testament par lequel il avait institué la marquise de Gamaches, sa fille unique, sa légataire universelle, pour l'usufruit de ses biens, et la demoiselle de Cayeux, sa petite-fille, pour le fonds et la propriété. Il avait ordonné que le marquis de Gamaches, son gendre, ne pourrait prendre aucune part aux biens du legs universel, ni s'y immiscer directement ni indirectement, soit comme père, soit comme mari; que la demoiselle de Cayeux ne pourrait être mariée que du consentement de la marquise de Pomponne, son aïeule, et six des plus proches parens, tant du côté des Pomponne, que du côté des d'Harleville, parens de sa femme; qu'elle ne pourrait l'être qu'à un cadet de bonne maison, qui serait tenu de quitter son nom pour prendre le nom et les armes de Pomponne. Au défaut

(1) *V.* l'article *Ab irato*, sect. 5.

de la demoiselle Gayeux et de ses enfans, il appelait la demoiselle Gamaches et ses enfans; et au défaut des uns et des autres, le plus proche parent de son côté. Il était visible que la haine pour le nom et la maison du marquis de Gamaches, son gendre, avait dicté son testament. Il fut déclaré nul par arrêt du 16 janvier 1741, rendu au rapport de M. l'abbé de Salaberry ».

Ces moyens ont été combattus par M. Aubry, pour le sieur Dutartre; et par M. Loyseau de Mauléon, pour le sieur de La Live.

« Est-ce une injure pour M. de Courval (disaient-ils) que de ne pas s'en reposer entièrement sur lui du soin de gérer les biens et de pourvoir au mariage de sa fille? Non : on voit clairement les motifs de la testatrice. Elle n'exclud pas M. de Courval; mais elle appelle deux personnes de confiance pour concourir avec le père au bien-être de la fille; elle pense que le choix d'un mari, qui serait très-bien fait par le père seul, le sera encore mieux par les mesures et les attentions de trois personnes qui se réuniront dans le même point de vue. Ne pouvant plus veiller elle-même après son décès, elle se fait remplacer par les sieurs de La Live et Dutartre, qu'elle eût consultés, si elle eût vécu. Son dessein n'a certainement pas été d'offenser M. de Courval qu'elle aimait et estimait; elle n'a voulu que prendre plus de précautions pour assurer le sort de sa petite-fille, et la conservation des biens qu'elle lui laissait. La dame de Chambon pouvait disposer d'une partie de sa succession en faveur de ses frères et de ses sœurs; elle veut bien en gratifier la demoiselle de Courval seule : est-ce un joug si pesant, que la déférence qu'elle exige, en donnant tout son bien? Un testateur n'est-il pas maître d'apposer à sa libéralité telle condition qu'il lui plaît, pourvu qu'elle ne soit pas impossible ni contraire aux lois et aux bonnes mœurs?

» La condition imposée par la dame de Chambon, n'a rien d'impossible. Trois personnes animées des mêmes vues pour le bien de mademoiselle de Courval, sauront aisément se concilier, s'il se présente un parti avantageux.

» La condition n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs. La dame de Chambon n'a pas exclu le consentement de M. de Courval : elle impose au contraire à sa petite-fille la nécessité de le prendre; elle lui associe seulement deux conseils, non pour l'écarter ni prendre sa place, mais pour éclairer, pour rassurer même sa tendresse, sur le choix délicat d'un sujet : c'est un secours qu'une mère tendre prête à son gendre dans l'exercice des fonctions paternelles.

» On a cité les lois romaines : mais nos mœurs sont toutes différentes de celles des Romains, qui avaient sur leurs enfans des droits de maîtres. D'ailleurs nous voyons que, chez les Romains même, qui étaient si jaloux de favoriser les mariages, on n'eût pas annulé un testament dans lequel le testateur aurait apposé à sa libéralité la condition de ne pas épouser une telle personne : le donataire n'était réputé véritablement gêné que quand le donateur lui faisait une défense indéfinie de se marier. Par la loi 62, C. *de conditionibus et demonstrationibus*, un mari pouvait priver sa femme d'un legs qu'il lui faisait, si elle se remariait avant la puberté et l'émancipation de ses enfans. Par la loi 25, C. *de inofficioso testamento*, on voit qu'une disposition par laquelle une mère instituait ses enfans héritiers, à condition qu'ils seraient émancipés par le père, a été approuvée, parceque la condition ne leur faisait aucun tort, et que le motif de la disposition avait été de pourvoir à leur sort. C'est dans le même esprit que, dans la loi 1, C. *de his quæ pœnæ nomine*, l'empereur Justinien a permis à des testateurs de stipuler des peines, pour maintenir l'exécution de ce qu'ils ordonnaient.

» Au surplus, M. de Courval se plaint *à futuro gravamine*. Sa fille n'est point en âge d'être établie; son choix n'est pas fait; il devait attendre, pour s'élever contre la clause du testament, qu'il eût éprouvé des difficultés déraisonnables de la part de ceux qu'elle lui a associés.

» Les arrêts qu'on a opposés, n'ont pas d'application à l'espèce. Le premier est fondé sur un motif de haine et il n'y a aucune expression de haine dans le testament de la dame Chambon. Dans l'espèce du second arrêt, le testament blessait l'égalité que M. Lecamus avait promise à ses deux enfans. Dans le troisième, le testateur avait interdit à sa fille d'aider de ses revenus son mari pour payer ses créanciers, et lui avait même enjoint, s'il était nécessaire, pour en rester la maîtresse, de se faire séparer de biens de son mari. De pareilles dispositions étaient trop injustes pour pouvoir être autorisées; mais il n'y a rien de semblable dans le testament de la dame de Chambon.

» Quant à la clause par laquelle le legs universel a été grevé de substitution, la demoiselle de Courval n'a aucune raison de s'en plaindre. La dame de Chambon a été la maîtresse de prendre des précautions pour que

les biens qu'elle donnait, rentrassent dans sa famille, sans les laisser exposés à passer dans une famille étrangère. En vain dirait-on que, cessant le testament, la demoiselle de Courval eût hérité de la totalité des biens en qualité de seule héritière. Il faut partir de l'état actuel : comme elle pouvait succéder *ab intestat*, elle pouvait être frustrée aussi de la succession; il est vrai que sa légitime ne pouvait lui échapper, et que la testatrice aurait pu du moins la laisser libre; mais la demande à fin d'être déchargée de la substitution, même sur cet objet, est au moins prématurée : on ne sait pas quelle sera la façon de penser de la demoiselle de Courval à sa majorité; peut-être qu'en recueillant en entier une succession dont elle pouvait n'avoir qu'une partie, et en considérant les sages dispositions du testament de son aïeule, elle sera plus touchée de la grandeur du bienfait que de la gêne de la substitution; elle verra que ses propres avantages s'accordent avec les sentimens de la reconnaissance. Ainsi, nulle raison d'attaquer le testament; il doit subsister et avoir son exécution, tant pour la clause qui concerne le mariage de la demoiselle de Courval, que pour celle qui regarde la substitution des biens légués ».

Dans la réplique de M. de Courval et du tuteur, tout ce qui vient d'être dit sur la substitution, n'a éprouvé, de leur part, qu'une légère contradiction; mais ils se sont élevés avec force contre les objections relatives à la clause du testament qui établissait un conseil.

« On voudrait (ont-ils dit) faire passer cette clause pour une simple précaution, qui ne doit ni gêner ni contrarier la volonté de M. de Courval; mais qu'on lise le testament, et l'on verra que ce n'est pas seulement une prière que la dame de Chambon a faite à son gendre, un conseil qu'elle donne à sa petite-fille : c'est une dispositon impérative dont elle fait une nécessité à M. de Courval; et s'il ne s'y soumet pas, elle punit sa petite-fille, en la réduisant à sa légitime, comme si elle était coupable d'obéir à son père, comme si elle pouvait s'en dispenser! L'expression, *indépendamment de celui de son père*, caractérise que la dame de Chambon a voulu que le suffrage du père ne pût être compté, ou du moins qu'il fût totalement subordonné à celui des deux conseils qu'elle donnait à la demoiselle de Courval. Sans doute, qu'en matière d'interprétation, il faut toujours préférer la présomption qui tend à la validité de l'acte; mais il ne s'agit ni de conjectures ni de présomptions : tout est exprès dans le testament. La testatrice a clairement marqué ce qu'elle voulait, et ce qu'elle voulait était contraire au premier précepte de la loi naturelle et à l'honnêteté publique. La loi dispense également M. et mademoiselle de Courval de s'y soumettre.

» La loi 62, C. *de conditionibus et demonstrationibus*, qu'on a opposée, se retourne contre les adversaires, puisque le mariage étant de droit naturel, la femme est relevée de plein droit, dans nos mœurs, de cette condition, et sans la remplir, n'en recueillerait pas moins le legs qui lui serait fait. C'est l'avis de tous nos auteurs, et singulièrement de Domat et de Ricard, aux endroits cités. Boniface, tome 2, rapporte un arrêt, du 10 octobre 1675, par lequel la condition imposée par un père dans son testament à son fils puîné, de ne pouvoir se marier que du consentement de son frère aîné et de son oncle maternel, sous peine d'être réduit à sa légitime, a été déclarée nulle : cet enfant en a été déchargé comme d'une clause contraire aux bonnes mœurs et à la liberté des mariages : à plus forte raison, une aïeule n'a-t-elle pas pu imposer à sa petite-fille la condition de déférer plutôt à l'avis de deux étrangers, qu'à celui de son père et de son tuteur; rien n'est certainement plus contraire à l'honnêteté et aux bonnes mœurs.

» La dame de Chambon aurait, dit-on, pris leur conseil : si elle eût vécu, la dame de Chambon eût fait ce qu'elle eût jugé à propos; mais elle ne devait pas ignorer que M. de Courval était seul en droit de disposer de sa fille; ce n'eût été qu'une déférence et non un devoir, s'il l'eût consultée; elle ne devait donc pas imposer une peine à sa petite-fille. On convient qu'elle ne devait qu'une légitime à mademoiselle de Courval, et qu'elle avait droit de disposer de l'excédant; mais ne l'ayant pas fait, et n'ayant donné la totalité de son bien que pour exiger une condition injuste, cette condition doit être rayée et réputée non écrite.

» Vainement a-t-on opposé que l'empereur Justinien, dans la loi unique, C. *de his quæ pœnæ nomine*, avait permis à des testateurs de stipuler des peines pour maintenir l'exécution de ce qu'ils ordonnaient. 1° Il est très-certain que cette loi ayant paru contraire à la droite raison et à l'équité, n'a point été suivie dans nos mœurs. On peut consulter à ce sujet le premier volume du Journal du palais, où est rapporté un arrêt, du 1er août 1676, qui a jugé formellement contre l'Hôtel-Dieu, que les legs par forme de peine n'étaient point reçus parmi nous. 2° Justinien

lui-même avait mis à cette liberté qu'il donnait aux testateurs, des exceptions qui s'élèvent contre la disposition de la dame de Chambon (1). Si l'injonction faite à mademoiselle de Courval n'est pas absolument impossible, du moins elle est évidemment contraire au premier précepte de la loi naturelle, et elle renferme quelque chose de déshonnête. Dès-là, suivant la constitution même de Justinien, mademoiselle de Courval est dispensée d'y obéir; et elle n'en recueillera pas moins toute la succession de son aïeule, la peine de la réduction à sa légitime, pour s'être mariée de l'avis seul de son père, étant contraire à la loi et aux bonnes mœurs. C'est la disposition de la loi 14, C. *de conditionibus institutionum*.

» Mal-à-propos prétend-on que M. de Courval se plaint d'un tort imaginaire, et qui n'arrivera peut-être jamais : l'injure n'est pas dans la manière dont les conseils qu'on lui donne penseront, lorsqu'il s'agira de l'établissement de mademoiselle de Courval, mais dans la clause qui le constitue dans l'interdiction de disposer de sa fille, sans consulter des étrangers, et qui punit mademoiselle de Courval si le père secoue le joug de cette servitude inouïe, que la dame de Chambon n'avait pas droit de lui imposer.

» Ce qu'on a objecté sur les arrêts, est encore facile à réfuter.

» Il n'y a, dit-on, aucune expression de haine dans le testament de la dame de Chambon, et c'est ce motif qui a fait casser celui de la dame Lempereur; mais si la haine n'est pas dans les expressions de la dame de Chambon, elle est dans la disposition. N'est-ce pas haïr son gendre que de le traiter en dissipateur, que de le réputer incapable d'avoir l'administration des biens et de la personne de sa fille; enfin, de lui ôter tout le pouvoir que la loi lui donne sur la demoiselle de Courval?

» On prétend que le testament de M. Lecamus a été annulé, parcequ'il blessait l'égalité que ce magistrat avait promise à ses deux enfans; mais on s'est trompé: M. de Nicolaï était fils unique; M. de Goussainville, petit-fils du testateur, ne pouvait demander qu'une légitime, et un legs universel n'y porte jamais atteinte. Si le testament a été cassé, ç'a été uniquement parcequ'il n'avait pas été dicté par un esprit d'équité, et qu'il avait été fait dans une prévention injuste contre son gendre. Cette prévention, encore plus maladroitement déguisée dans le testament de la dame de Chambon, ne permet donc pas de le laisser subsister.

» Quant au testament du marquis de Pomponne, la clause qui interdisait à la marquise de Gamaches d'aider de ses revenus son mari pour payer ses créanciers, ne liait réellement pas la marquise de Gamaches, légataire universelle en usufruit; elle était la maîtresse de se soumettre ou de ne pas se soumettre à cette clause, et de faire de ses revenus l'usage qu'elle jugerait à propos: la haine évidente contre son gendre, qui avait déterminé le testateur à le priver des droits qu'il avait, comme mari, sur les biens de sa femme, et comme père, sur la personne de sa fille, a seule fait casser le testament.

» L'injure que la dame de Chambon fait à M. de Courval, est du même genre, et elle est dans des circonstances encore plus aggravantes : donc elle doit produire le même effet, qui est de faire annuler le testament, dans les dispositions qui blessent un père et un magistrat, vis-à-vis de qui on n'a pas assez respecté les droits de la nature et de l'honnêteté publique ».

Ces moyens ont eu le succès qu'ils devaient avoir. Par arrêt du 9 février 1764, le testament de la dame Chambon a été annulé, 1° quant à la disposition par laquelle la testatrice imposait à la demoiselle de Courval, la condition de ne pouvoir se marier qu'en la présence et du consentement par écrit des sieurs de La Live et Dutartre, indépendamment de celui de M. de Courval, son père; et dans le cas où elle aurait contrevenu à cette disposition, la réduisait à sa légitime; 2° quant à la disposition qui déclarait que, dans les affaires de la tutelle de la demoiselle de Courval, on déférerait aux conseils des sieurs de La Live et Dutartre, et qu'on ne ferait d'emploi ou de remploi que de leur avis. Mais pour le surplus, il a été ordonné que le testament aurait sa pleine exécution.

[[La question s'est représentée sous le Code civil, et dans une espèce beaucoup plus simple.

Le 9 fructidor an 11, testament par lequel le sieur Henrion-Magnoncout institue, pour son héritier universel, Flavien Henrion-Magnoncourt, son neveu, encore mineur, et sous la Puissance de son père; « Entendant (dit » le testateur) que les biens compris en la-

(1) *Quòd si aliquid facere*, dit la loi, *vel legibus interdictum vel aliàs probrosum, vel etiam impossibile, jussus aliquid eorum fuerit, tùm sine damno, etiam neglecto testatoris præceptò, servabitur.*

dite institution, soient administrés jusqu'à » la majorité de sondit héritier institué, » par M. Gabriel Magny, homme de loi, » qu'il nomme curateur *ad hoc*, ou exécu- » teur testamentaire, le priant de vouloir bien » lui donner cette marque d'amitié, et de se » concerter avec la mère et l'aïeul maternel » dudit héritier, pour son éducation, et » employer les revenus annuels et la portion » d'iceux qui sera jugée suffisante pour son » éducation, après le prélèvement des char- » ges de sa succession et des honoraires et » déboursés dudit curateur, tels qu'ils se- » ront honnêtement réglés, selon les peines » et démarches qu'il fera ».

Par une disposition subséquente, le testateur déclare, en tant que besoin, ôter au père de son héritier institué, la jouissance, l'usufruit, et même l'administration des biens qu'il laisse à celui-ci.

Le testateur décède le 30 floréal an 13.

L'héritier institué étant encore mineur, le sieur Henrion-Magnoncourt, son père, se pourvoit devant le tribunal civil de l'arrondissement de Vesoul, pour se faire adjuger, non la jouissance, mais l'administration des biens compris dans l'institution.

Le sieur Magny s'oppose à cette demande, et conclud à l'exécution pure et simple du testament.

Le 10 février 1806, jugement qui, accueillant les moyens du sieur Magny, déboute le sieur Henrion-Magnoncourt, père et ordonne que le testament sera exécuté selon sa forme et teneur.

Appel, et par arrêt du 15 novembre 1807,

« Considérant 1° que les art. 384 et 387 du Code civil, en accordant au père, durant le mariage et après la dissolution du mariage, au survivant des père et mère, la jouissance des biens de leurs enfans, jusqu'à l'âge de 18 ans accomplis ou jusqu'à l'émancipation, décident qu'elle *ne s'étendra pas aux biens que les enfans pourront acquérir par un travail et une industrie séparée, ni à ceux qui leur sont donnés ou légués sous la condition expresse que les père et mère n'en jouiront pas*; qu'ainsi, la loi accorde au testateur la faculté de priver le père de l'usufruit des biens légués à son fils;

» Qu'il n'en est pas ainsi de l'administration; que, suivant les art. 389 et 390 dudit Code, *le père est, durant le mariage, administrateur des biens personnels de ses enfans mineurs : après la dissolution du mariage, la tutelle des enfans mineurs appartient de plein droit au survivant des père et mère*; et que l'art. 397 décide que *le droit individuel de choisir un tuteur, parent ou même étranger, n'appartient qu'au dernier mourant des père et mère*;

» Que, de ces différens articles, il résulte que l'administration des biens appartient sans distinction aux père et mère; qu'elle fait partie de la tutelle légale et du gouvernement de la famille; que le père ne saurait en être privé sans une dérogation, une exception formelle au principe général, au moyen de la faculté qui serait accordée à cet égard au testateur par la loi : ce qui ne se trouve nulle part dans ces dispositions;

» Que, dans le droit romain, la novelle 117 avait accordé à celui qui disposait de ses biens, en faveur d'un fils de famille, le droit de priver le père ou l'aïeul, sous la Puissance desquels il était constitué, non-seulement de l'usufruit desdits biens, mais encore de toute espèce d'administration; mais que cette dérogation au droit commun ne se trouve point consacrée par le nouveau Code;

» Que vainement prétendrait-on, que, dans le silence de la loi nouvelle, on doit recourir aux lois anciennes; car l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 veut que, dans les matières comprises dans ce Code, le droit romain cesse d'avoir force de loi générale ou particulière; or, en réglant la Puissance paternelle et la tutelle, le législateur a voulu établir, à cet égard, une législation complète, fixe et uniforme; il a prévu tous les cas où la tutelle et l'administration pourraient être divisées;

» Aussi l'art. 417 porte que, *quand le mineur domicilié en France possédera des biens dans les colonies, ou réciproquement, l'administration de ces biens sera donnée au protuteur;* et en accordant au testateur la faculté de faire des dispositions officieuses en faveur de ses petits-enfans ou neveux, l'art. 1055 décide que *celui qui fera lesdites dispositions, peut par le même acte ou par un autre acte postérieur, en forme authentique, nommer un tuteur chargé de l'exécution de ces dispositions;* si donc la loi eût entendu que le père pourrait être privé de l'administration des biens légués à son fils, elle se serait expliquée à cet égard, et aurait donné au testateur la même faculté qu'elle lui accorde pour les dispositions officieuses;

» Que d'ailleurs la prohibition introduite par la novelle 117, avait pour but de tempérer la rigueur de la Puissance paternelle, qui durait jusqu'au décès du père, ou jusqu'à l'émancipation, et qui mettait le fils dans une telle dépendance qu'il n'aurait pu forcer son

père à lui rendre compte, et qu'ainsi la prohibition de l'usufruit fût devenue illusoire dans celle de l'administration. Ces motifs ne subsistent plus aujourd'hui, puisque la Puissance paternelle finit à la majorité de l'enfant, et que l'art. 389 du Code, en établissant le père administrateur des biens de ses enfans, le rend comptable *des revenus de ceux dont il n'a pas la jouissance*; qu'enfin, l'administration d'un étranger serait incompatible avec l'art. 450 du Code civil, qui veut que le tuteur représente le mineur *dans tous les actes civils*; car un tuteur, un père, ne pourrait plaider en justice, contracter, transiger sur les biens d'une succession qu'il n'administre pas, avec des titres qu'il n'a pas à son pouvoir; et puisqu'il doit *représenter le* mineur dans tous les actes civils, il doit par-là même être investi de l'administration;

» D'où il résulte, qu'en appliquant les dispositions de la novelle 117, ce serait établir une exception, une dérogation aux droits de la Puissance paternelle, aussi contraire à l'esprit qu'au texte de la loi; et que la clause insérée dans le testament de Magnoncourt, oncle, qui prohibe au demandeur l'administration des biens légués à son fils, pour la confier à l'avocat Magny, est contraire aux lois; que cette clause est aussi contraire aux bonnes mœurs, en ce sens qu'elle tend à inspirer au fils Magnoncourt du mépris, de la défiance contre son père, et affaiblir aussi la Puissance paternelle, qui est une des bases fondamentales de l'ordre social; qu'ainsi, et sous tous les rapports, ladite clause doit être réputée non écrite, et qu'il y a lieu à réformer le jugement qui en a ordonné l'exécution;

» La cour (d'appel de Besançon), sans avoir égard à la clause insérée dans le testament de Magnoncourt, oncle, qui prohibe à l'appelant l'administration des biens légués à son fils, et nomme le sieur Magny, intimé, curateur *ad hoc*, laquelle clause est, au besoin, déclarée comme non avenue et réputée non écrite; ordonne que le sieur Magnoncourt, appelant, en sa qualité de père et de tuteur légal de son fils, demeurera seul chargé, sous sa responsabilité, en conformité de la loi, de l'éducation et de l'administration des biens de son fils; fait défense au sieur Magny de s'immiscer ultérieurement dans ladite administration, en aucune manière; le condamne à rendre compte à l'appelant de la gestion qu'il aurait eue jusqu'à présent, pardevant le tribunal de première instance séant à Besançon, que la cour commet à cet effet; comme aussi de lui restituer tous les titres, papiers et autres objets concernant la succession de Magnoncourt, oncle ».

V. l'article *Tutelle*, sect. 2, §. 1.]]

Section VI. *Des causes qui font cesser la Puissance paternelle.*

Cette matière est déjà traitée à l'article *Emancipation;* nous ne ferons ici qu'ajouter quelques observations nécessaires à son entier développement; et pour leur donner tout l'ordre dont elles sont susceptibles, nous les appliquerons successivement aux sept causes qui font communément cesser la Puissance paternelle, savoir: l'émancipation par acte, l'habitation séparée, la promotion à un office ou emploi public, le mariage, le nombre des années, la mort naturelle, et la mort civile.

§. I. *De l'émancipation par acte.*

I. C'est une question si l'émancipation par acte peut être faite devant notaires, ou si elle exige essentiellement le ministère d'un juge.

Catellan, liv. 4, chap. 52, soutient le premier parti, et en rapporte deux arrêts du parlement de Toulouse, rendus les.... août 1677 et 5 juillet 1696. Nous voyons dans le recueil d'Albert, ou mot *Émancipation*, qu'il en était intervenu un semblable dès le 6 avril 1666; et Serres, dans ses *Institutions au droit français*, dit que « cela a si fort passé » en maxime dans le ressort de cette cour, » que, par un arrêt du mois de mars 1719, » sur la répudiation fait par Me Saint-Laurens, de l'hérédité de sa sœur, il fut permis » au fils dudit Me Saint-Laurens de l'accepter, à la charge, par son père, de l'émanciper par acte devant un notaire, la cour » n'ayant pas voulu recevoir l'offre qu'il fait de l'émanciper à l'audience ».

« Cependant le parlement de Toulouse lui-même en jugeait autrefois tout différemment. M. de Cambolas, liv. 2, chap. 11, nous en fournit trois arrêts des 11 décembre 1595, 3 janvier 1604 et 20 mars 1630, qui cassent des émancipations faites devant notaires. On suivait en cela les dispositions du droit romain; mais depuis on s'en est écarté, parceque l'usage de ces sortes d'émancipations s'accréditait tous les jours de plus en plus.

« Cet usage même a ses raisons (dit Catellan): par la loi dernière, C. *de emancipationibus*, l'empereur ordonne d'aller, pour l'émancipation, aux juges ou aux magistrats, *quibus hoc facere vel legibus vel longâ consuetudine permissum est;* il donne donc à la coutume quelque extension de pouvoir en cette matière; ainsi, la coutume ayant décidé

pour les notaires, qui sont d'ailleurs une espèce de juges, on peut et on doit la suivre..... Le droit de Puissance paternelle était quelque chose de plus rigide parmi les Romains, qu'il ne l'est aujourd'hui parmi nous.

« Ainsi, tout comme après que ce droit eût perdu, chez les Romains même, de sa première rudesse, pour ne pas dire de sa barbarie, par cette loi dernière de l'empereur Justinien, il perdit aussi de la cérémonie, et on retrancha la formalité de la vente et du soufflet. Il paraît raisonnable que, dans le radoucissement qu'a reçu encore parmi nous la Puissance paternelle, et dans des temps et des lieux où les mœurs sont moins façonnières, un père puisse renoncer à sa Puissance devant un notaire et des témoins, et en la manière que, suivant le droit commun et ordinaire, on peut renoncer à tous les droits qu'on ne veut pas retenir. Cette intervention du notaire et des témoins ne donne-t-elle pas à l'émancipation tout ce qu'elle peut demander de sérieux et de public » ?

Ces raisons prouvent très-bien que la jurisprudence actuelle du parlement de Toulouse ne doit pas être réformée; mais il n'en résulte pas qu'elle doive être étendue à toutes les autres provinces de droit écrit. Cela serait contraire aux premiers principes : tout usage qui s'écarte de la loi, doit être renfermé strictement dans les bornes précises des lieux où il est établi.

Aussi trouvons-nous dans les arrêtistes de quelques autres parlemens, des preuves certaines que le droit romain y est suivi ponctuellement sur cette matière.

Boniface, tome 2, liv. 1, tit. 6, chap. 1, rapporte un arrêt rendu à Aix, en mai 1655, par lequel une émancipation faite sans la présence d'un magistrat, fut déclarée nulle. Il y en a un autre de la même cour, qui a jugé qu'on ne peut pas émanciper, même par contrat de mariage. On voit dans l'auteur cité, tome 1, liv. 7, tit. 6, chap. 2, qu'il a été rendu en 1668.

Brillon rapporte, d'après Boné, un arrêt de la chambre de l'édit de Castres, du 3 décembre 1650, qui a précisément décidé la même chose. On a vu, à l'article *Emancipation*, que cette chambre avait encore jugé de la sorte en 1556.

On y a également remarqué que telle est aussi la jurisprudence du parlement de Bordeaux. La Peyrère, lettre E, n° 6, confirme cette assertion, en rapportant deux arrêts, des 4 juin 1646 et 30 mai 1657, qui, du premier coup d'œil, semblent la combattre, mais ne font que la modifier par une juste exception.

Dans l'espèce de chacun de ces arrêts, un père avait émancipé son fils en le mariant; et par le contrat même de mariage, il avait dit : « J'émancipe mon fils, et le mets hors de ma » Puissance, pour gérer et négocier, et faire » tous actes d'un homme libre et père de fa- » mille ». En conséquence, le fils avait fait une donation à cause de mort au profit de sa femme, et il était décédé avant son père. Celui-ci prétendit faire annuler la disposition, comme faite sans son consentement par un fils de famille non valablement émancipé; mais il ne fut point écouté. On lui opposa la loi 25, D. *de adoptionibus*, dont voici les termes : « Ce n'est point après la mort de sa » fille, qui a vécu comme mère de famille et » légalement émancipée, et qui est morte » après avoir fait un testament avec institu- » tion de plusieurs héritiers, qu'un père est » recevable à venir contester son état, et » prétendre qu'elle a été émancipée sans pré- » sence de juge ni de témoins ». Ce texte était trop décisif pour ne pas faire rejeter la demande du père, et c'est ce qu'a fait le parlement de Bordeaux par les arrêts cités.

Je crois néanmoins, dit La Peyrère, *que la loi et les arrêts n'ont lieu qu'à l'égard du père, et que l'héritier* ab intestat *du fils de famille, ou autre, pourrait contester la donation.*

Le président Bouhier prouve très-clairement que l'usage du duché de Bourgogne n'admet pas non plus les émancipations par devant notaires. Voici comment il s'explique, chap. 16, n° 39 :

« Dans un formulaire de pratique qu'a dressé, il y a plus d'un siècle, un lieutenant-général au bailliage de Châlons, il est dit que toutes émancipations d'enfans nobles doivent se faire pardevant les lieutenans aux bailliages, *et en frappant de la main l'enfant sur la tête, ou à la joue, après avoir dit qu'il est mis hors de la Puissance paternelle, pour librement traiter, acquérir et jouir de ses droits.* J'ai vu un pareil acte, de l'année 1511, où il est dit seulement *que le père tenant les mains de ses enfans entre les siennes, les a émancipés et mis hors de sa Puissance.*

» Cela est encore mieux détaillé dans un autre acte qui m'a passé depuis peu par les mains, et qui fut passé le 11 avril 1716, en la justice de Nantua en Bugey. Il porte que, pardevant le juge, a comparu M. Jean-François Griot, notaire royal et procureur à Saint-Rambert, fils de Joseph Griot, marchand à Brenod, lequel a remontré qu'étant marié et majeur, il supplie son père de l'émanciper;

à quoi ce dernier consentant a déclaré qu'il émancipait sondit fils et le mettait hors de sa Puissance ; auquel effet ledit fils s'est mis à genoux, joignant les mains, lesquelles son père a disjointes, et icelui relevé, dont acte leur fut donné, et procès-verbal dressé.

» Tel est à peu près l'usage de tous les pays de droit écrit, suivant nos jurisconsultes ; et, bien que quelques-uns d'entre eux croient que cet acte puisse se faire pardevant notaire, je tiens qu'il doit être fait en jugement, à la forme ancienne ; d'autant plus que, s'agissant de l'état d'un enfant et de l'intérêt de ceux qui peuvent avoir affaire à lui, il est à propos que l'acte en soit public et connu de tout le monde.

» D'ailleurs, cela paraît expressément décidé par un certificat donné par la cour, le 13 août 1677, au rapport de M. Ducie, sur la requête de M. Jacques Leclerc ; car il porte que le père baillisté jouit des revenus de ses enfans, même après leur puberté, et ce jusqu'à ce qu'ils soient émancipés, *soit par justice, soit par le mariage, ou par leur séparation d'avec leur père,* ce qui exclud les émancipations pardevant notaire ».

Le parlement de Besançon reconnaît aussi la nécessité de la présence d'un juge à l'émancipation par acte ; mais il en excepte celle qui se fait par contrat de mariage. C'est ce qu'atteste Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 2, chap. 8 :

« Les émancipations faites pardevant notaires, ne sont pas valables..... Cependant la faveur des contrats de mariage les a fait admettre en Franche-Comté.

» Nous en avons un arrêt, du 18 avril 1640, rendu entre les héritiers du procureur Boulard, depuis lequel on n'a plus guère fait de difficulté sur cette question. Elle s'est cependant encore présentée, il y a peu de temps, entre les nommés Goulard et Dubois. Goulard demandait que Dubois se fit autoriser par son père pour plaider. Dubois répondait qu'il était émancipé par son contrat de mariage ; et la cour, par arrêt rendu aux enquêtes, à l'audience d'instruction, du 3 février 1725, déclara qu'ayant égard à l'émancipation portée au contrat de mariage de Dubois, daté du mois de janvier 1721, il n'échéait de prononcer sur la demande en autorisation ».

Basset, tome 2, liv. 4, tit. 12, chap. 5, rapporte un arrêt du parlement de Grenoble, qui paraît, au premier abord, étendre au Dauphiné la jurisprudence du parlement de Besançon, concernant l'émancipation par contrat de mariage.

Un père s'était engagé, par le contrat de mariage de son fils, à l'émanciper. Sur son refus d'exécuter sa promesse, le fils se pourvut en justice, et par arrêt du 29 mars 1666, « la » cour ordonna que le père, dans trois jours, » après le commandement qui lui en serait » fait, émanciperait son fils, à faute de quoi » il était déclaré dûment émancipé par la » cour ».

Il est cependant aisé de voir que cette décision ne va pas aussi loin que celles que rapporte Dunod, et qu'on pourrait, dans les pays où il n'existe point là-dessus d'usage particulier, admettre l'une et rejeter les autres. L'exemple du père qui a reçu un legs sous la condition d'émanciper son fils, prouve qu'on peut se mettre, par le quasi-contrat qui résulte d'une pareille acceptation, dans la nécessité de renoncer aux droits de la Puissance paternelle. Or, si un quasi-contrat a, selon le droit civil même, une vertu aussi efficace, pourquoi donnerait-on moins d'effet à un contrat de mariage, c'est-à-dire, à l'acte le plus solennel et le plus sacré de la société ? Ce n'est pas que l'un ni l'autre émancipe de plein droit, mais ils obligent tous deux d'émanciper ; et comme l'émancipation est un fait auquel personne ne peut être contraint spécifiquement, il faut bien que le juge, sur le refus du père d'en passer l'acte dans les formes requises, la déclare opérée par la seule vertu de sa sentence. Il est même évident qu'en ce cas, ce n'est point d'un contrat notarié, mais du ministère du juge qu'elle reçoit l'être.

En Alsace, on admet l'émancipation pardevant notaires ; mais il y est d'usage d'en faire homologuer les actes en justice, pour leur donner plus d'authenticité. C'est ce qui résulte d'un arrêt du conseil souverain de Colmar, du 30 janvier 1707, qui est ainsi conçu :

« « Vu la requête présentée.... par Anne-Ursule Vénino, émancipée de la Puissance paternelle, par Charles Vénino son père, expositive que, suivant la disposition du droit, les actes d'émancipation sont de juridiction volontaire et non contentieuse, les notaires royaux étant juges cartulaires, et ayant juridiction sur les parties qui les requièrent. La suppliante a été affranchie par son père de la Puissance paternelle, par un acte authentique, reçu par Callot et son confrère, en date du 27 du courant. Comme cet acte est un des plus importans de la société civile, puisqu'il décide de l'état des citoyens, il importe de lui donner une authenticité. Le conseil est seul capable de donner cette authenticité, puisque les juges du domicile du père émancipant et de la fille émancipée sont juges municipaux,

dont les décrets ne valent que dans leur territoire. La suppliante, quoique émancipée de la Puissance paternelle, n'est pas majeure; elle est par conséquent dans le cas d'avoir un curateur pour régir et administrer ses biens. Son père a renoncé à cette régie et administration. Ainsi, il échoit de lui faire créer un curateur;

» A ces causes...., conclusions du procureur général du roi; ouï le rapport.....; le conseil, faisant droit sur la requête, ordonne que l'acte d'affranchissement et émancipation, du 27 du courant, sera homologué, pour être exécuté selon sa forme et teneur; et attendu la minorité de la suppliante, a ordonné en outre qu'assemblée de parens, ou, à défaut d'iceux, d'amis de ladite suppliante, au nombre de l'ordonnance, sera faite pardevant le bourgmestre régent de la ville de Kaysersberg, que le conseil a commis et commet à cet effet, pour choisir et élire un curateur, à l'effet de régir et administrer les biens de ladite suppliante pendant sa minorité; lequel prêtera le serment requis et accoutumé, entre les mains du même commissaire ».

A l'égard des pays coutumiers, on n'y doute point que les enfans ne puissent être émancipés par contrat de mariage. Cela est d'autant moins susceptible de difficulté, que le mariage seul y est généralement considéré comme le terme de l'assujétissement du fils à la Puissance paternelle.

Mais il y a plusieurs coutumes qui, dans tout autre cas, ne permettent d'émanciper que par acte passé en justice.

Telles sont celles de Poitou, de Hainaut, de Mons, de Valenciennes et de Binche, comme on l'a remarqué à l'article *Émancipation*. En voici d'autres qui doivent être placées sur la même ligne.

Metz, chap. 1, art. 4. « Enfans procréés » en loyal mariage, sont et demeurent en la » Puissance de leur père, mère ou tuteur, » jusqu'à ce qu'ils soient mariés, émancipés » par justice, etc. ».

Évêché de Metz, chap. 1, art. 17. « Peut » toutefois le père, pour justes et bonnes » considérations, en quelque âge que ce soit, » émanciper et mettre hors de sa Puissance » son enfant; et s'en fait l'émancipation » pardevant le juge auquel il est responsable, » le procureur général ou d'office ouï ».

Clermont en Argonne, chap. 2, art. 9. « Le » père peut faire émanciper son fils en tout » âge après sept ans, pardevant son juge ».

Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 27. « Pour en sortir (de la Puissance paternelle), » il faut être émancipé en justice, sur le » rapport du père et de la mère, assistés de » parens et alliés ».

Bailleul, rubr. 11, art. 1. « Les enfans » peuvent être émancipés par la loi », c'est-à-dire, par le corps échevinal.

Gand, rubr. 21, art. 2. « Les enfans peu- » vent être émancipés et être mis hors de » pain, de quelque âge qu'ils soient, par les » échevins de la Keure ».

Châtellenie de Lille, tit. 13, art. 1. « En » fans procréés en léal mariage, sont et » demeurent en la Puissance de leur père, » tant qu'ils soient émancipés pardevant jus- » tice compétente ».

Gouvernance de Douai, chap. 11, art. 1. « Enfans procréés en léal mariage, sont et » demeurent en la Puissance de leur père, » tant qu'ils soient émancipés pardevant jus- » tice compétente ».

Orchies, chap. 6, art. 3. « Les enfans... ne » peuvent contracter sans.... émancipation » judiciaire de leur père ».

Saint-Mihiel, tit. 1, art. 17. « Et peut le » père émanciper ses enfans, toutes et quantes » fois que bon lui semble, pardevant son juge » ordinaire et domiciliaire ».

Lorraine, tit. 4, art. 14. « Le père peut, » pour cause, émanciper son enfant présent » ou absent, en quelqu'âge de minorité il » soit; et sont lesdites émancipations et con- » naissance de cause, de l'office et charge des » procureurs généraux ou d'office, en pareil » qu'il a été des tutelles ».

Bueil, chap. 9, art. 1. « A icelle fin que les » adoptions et émancipations des enfans qui » se feront par ci-après dans l'étendue de » notre juridiction, soient faites avec la con- » sidération que se convient, et que sur » icelles soit suivie la volonté de ceux qui les » feront, et observé la disposition de la loi et » droit commun, nous ordonnons que telles » adoptions et émancipations seront dorénavant faites et passées pardevant notre juge » majeur d'appellation, et non ailleurs, sur » peine de la nullité d'icelles; et étant faites » au contraire, les déclarons, dès maintenant » comme pour lors, nulles, invalables, et de » nul effet et valeur ».

Épinal, tit. 3, art. 12. « Le père peut, » pour cause, faire émanciper son enfant, » présent ou absent, en quel âge de minorité » il soit; et sont lesdites émancipations faites » pardevant lesdits (gens) de justice, ledit » procureur (général) ou son substitut ouï ».

Liége, chap. 1, art. 10. « Emancipation » d'enfans ne se peut faire que pardevant la » haute justice ou celle du domicile ».

Ces dispositions ne sont suivies ni dans la coutume de Berry, ni dans celle de Montargis.

La première porte, tit. 1, art. 5 : « Et peut » le père émanciper son enfant présent ou » absent, en quelque âge qu'il soit; et n'est » requise par ladite coutume la solennité de » droit en l'émancipation des enfans qui sont » de l'âge de sept ans ou au-dessous, pourvu » que la cause pour laquelle on fera ladite » émancipation soit au profit des enfans ».

La seconde est conçue en ces termes, chap. 7, art. 8 : « Emancipation se peut faire du » père aux enfans, en quelque âge que soient » lesdits enfans, tant en jugement que de- » hors, présence que absence desdits enfans, » pardevant notaire et témoins ».

[[Quant à la législation actuelle sur cette matière, *V.* l'article *Emancipation*, §. 1, n° 12.]]

II. On vient de voir que plusieurs coutumes permettent d'émanciper les enfans en leur absence, et cela est conforme à la loi 5, C. *de emancipationibus*. Mais est-il essentiel que le père procède à cet acte en personne?

L'affirmative est incontestable dans le droit romain; car l'émancipation est mise par différens textes au nombre des actes que les anciens jurisconsultes appelaient légitimes, et qui ne pouvaient se faire par procureur (1). Telle est d'ailleurs la décision expresse de la loi que nous venons de citer. Après avoir dit que le fils peut être émancipé en son absence, elle déclare que le père doit à cet effet comparaître lui-même devant le juge : *Hoc nempè apud competentem judicem insinuare, superque precibus à* SEMET *oblatis apud eum deponere.*

Cette disposition semblerait, au premier coup d'œil, devoir être exactement suivie dans les provinces de droit écrit qui n'ont pas admis l'usage des émancipations par actes notariés; et effectivement, on trouve dans le recueil de La Peyrère, lettre E, n° 6, un arrêt du parlement de Bordeaux, du 14 août 1671, qui a déclaré nul et de nul effet une émancipation faite par procureur.

[[Mais écoutons Salviat, *Jurisprudence du parlement de Bordeaux*, page 228 :

« La Peyrère rapporte un arrêt, d'après lequel une émancipation faite par vertu d'une procuration, devient de nul effet et valeur. Cependant Me Despiau, dans ses collections, prétend qu'elle est valable. On ne fait pas de doute, dit-il, sur la procuration du fils, suivant Boutaric, en ses Institutes; mais on doutait si elle pouvait être faite sur la procuration du père. Au sénéchal de Guienne, elle se fait indistinctement sur la procuration du père et du fils. Il en fut donné un certificat par le greffier, dans la cause des demoiselles Petit. On avait fait appel de l'appointement d'émancipation, rendu audit siége, sur la procuration de Me Petit, avocat, leur père, qui était alors à Paris. L'arrêt rendu à la première des enquêtes, au rapport de M. Castelnau, le 6 juin 1761, mit hors de cour sur cet appel.

» Sans doute que le sénéchal de Guienne n'a aucun privilége particulier à ce sujet, et que tous les juges du ressort peuvent en faire autant que lui. Effectivement, à quel propos la présence du père serait-elle requise, dès-lors qu'il conste de son intention?

» L'arrêt rapporté par La Peyrère, a donc été rendu sur des circonstances particulières, ou bien la jurisprudence a changé. Je répéterai à ce sujet ce que je viens de dire plus haut, qu'il serait bien onéreux à un particulier absent, d'entreprendre un long voyage, de se rendre chez lui pour un acte qui ne demande qu'un instant, et de retourner sur-le-champ vaquer à ses affaires, à deux cents lieues de son domicile. Quel embarras et quelle dépense n'aurait-on pas occasionés à Me Petit, si on l'avait forcé de venir de Paris à Bordeaux? Un père de famille pourra, en vertu d'une procuration, vendre, acheter, hypothéquer ses biens, même consentir au mariage de son fils; et il ne lui sera pas permis de l'émanciper! Quelle est donc la prééminence de l'émancipation sur tous les autres actes, pour mériter une formalité si extraordinaire? Les lois romaines la prescrivent, dira-t-on; mais encore une fois, nous n'attachons pas à l'émancipation autant d'importance que les Romains ».]]

A plus forte raison, devrait-on juger ainsi dans les contrées où les enfans peuvent être émancipés pardevant notaires. C'est ce qu'enseigne Serres, dans ses *Institutions au droit français* : « Quand l'émancipation (dit-il) » ne serait faite que par procureur, il y a » lieu de croire qu'elle serait également » bonne, parcequ'aujourd'hui, en France, » les émancipations n'exigent pas plus de so- » lennité que les autres actes passés devant un » notaire ».

[[Aujourd'hui, que l'émancipation consiste dans une simple déclaration du père, reçue par le juge de paix assisté de son greffier, je ne vois pas non plus de raison pour que le

(1) *V.* l'article *Acte légitime*.

père ne puisse pas faire cette déclaration par l'organe d'un fondé de pouvoir spécial.]]

III. L'émancipation est un acte de juridiction volontaire; c'est par cette raison que les lois 3 et 4, D. *de adoptionibus*, permettent au père ou au fils, lorsque l'un ou l'autre est magistrat, de le passer eux-mêmes. Voici comment elles sont conçues :

« Si le fils de famille est consul ou président, il est constant qu'il peut être émancipé ou donné en adoption devant lui-même.

» Tout magistrat compétent pour recevoir un acte légitime, peut émanciper ses propres enfans ou les donner en adoption, sans recourir à un autre ministère que le sien. C'est l'avis de Nératius ».

Ces textes ont servi de fondement à un arrêt du parlement de Provence, dont l'espèce est ainsi rapportée au *Journal du palais :*

« Le sieur abbé Trouillas avait fait profession dans la compagnie des jésuites, et avait même fait les trois vœux de chasteté, de pauvreté et d'obéissance, qui excluent un profès de succéder à ses parens. Huit années après, il est congédié de la société : il revient dans le monde en habit de prêtre séculier. Il amasse de très-grands biens; il fait son testament, par lequel il institue son héritier un fils du sieur Château-Arnaulx, son frère. Ce testateur décède; après son décès son neveu et héritier institué demande délivrance de l'hérédité au sieur de Château-Arnaulx, son père, qui la lui refuse. Il est débouté par sentence contradictoire du juge de Sisteron. Appel à la cour par l'héritier institué. Sur cet appel, le sieur de Château-Arnaulx ayant été intimé, obtient des lettres de rescision contre l'acte d'émancipation de son fils, qu'il n'avait, dit-il, consenti que par l'espérance que le testateur lui avait donnée de faire un présent de 15,000 livres à sa nièce, sœur de l'héritier testamentaire, pour la marier, à quoi il n'a point satisfait.

» Après que les avocats des parties eurent plaidé, M. de Saint-Martin, avocat général, a dit que cette cause contenait deux questions : la première, si le sieur abbé Trouillas avait pu tester; la seconde, si l'émancipation donnée par l'intimé à son fils, est valable.

» Et, après avoir prouvé que la première question était décidée pour l'affirmative par les constitutions particulières de la société de Jésus, il a ajouté que, sur la seconde, le père alléguait deux moyens : que l'un était l'incompétence du juge devant lequel l'émancipation avait été faite; qu'en effet, ce juge était celui d'une terre appartenant au sieur de Château-Arnaulx, et par conséquent son représentant; mais que cette raison ne méritait aucun égard; qu'elle était détruite par les lois 3 et 4, D. *de adoptionibus;*

» Que l'autre moyen consistait à dire que le sieur de Château-Arnaulx n'avait émancipé son fils qu'à la persuasion du sieur abbé Trouillas, qui l'avait flatté de donner 15,000 livres en dot à sa fille; mais que ce fait était vague et sans preuve; et quand il serait véritable (continuait M. de Saint-Martin), un père qui a émancipé son fils par un acte de justice, peut-il révoquer cette émancipation quand bon lui semble? Il l'a fait, dit-il, à la sollicitation de son frère; mais n'avait-il pas eu lui-même un engagement naturel et plus pressant de le faire pour l'avantage de son fils?

» Sur ces raisons, arrêt est intervenu le 11 décembre 1687, par lequel l'appel et ce dont avait été appelé ont été mis au néant, et par un nouveau jugement, on a confirmé le testament; et, sans avoir égard aux lettres royaux, l'émancipation a été jugée valable ».

IV. Peut-on émanciper un enfant pour un seul acte, par exemple, pour le rendre capable de tester?

La raison et la loi concourent à établir la négative : la raison, parceque la Puissance paternelle est indivisible, et qu'il implique que la même personne soit en même temps père de famille et fils de famille; la loi, parceque l'émancipation est un de ces actes légitimes qui ne peuvent recevoir ni condition ni division, et qui sont nuls et invalides, s'ils ne sont faits purement et sans restriction : *Actus legitimi qui non recipiunt diem vel conditionem, veluti* MANCIPATIO, *acceptilatio, hereditatis aditio, servi optio, datio tutoris, in totum vitiantur per temporis vel conditionis adjectionem.* Ce sont les termes de la loi 77, D. *de regulis juris.*

Aussi lisons-nous dans Despeisses, tome 1, page 545, qu'un arrêt du mois de mai 1611, rendu à la chambre de l'édit de Castres, a annulé un acte par lequel un père avait déclaré « qu'il émancipait son fils, et lui permettait de trafiquer, si tant était qu'il ne » pût demeurer avec lui et s'accorder, autrement non ».

Un arrêt beaucoup plus récent, du parlement de Toulouse, dont parle Boutaric (dans ses institutes, page 79), sans en indiquer la date, a préjugé qu'un père, en émancipant son fils, à l'effet d'accepter une donation entre-vifs, ne s'était pas privé de l'usufruit qui lui eût appartenu de plein droit sur les objets donnés, si son fils eût accepté la donation, n'étant pas émancipé.

Il ne faut pas cependant conclure de là que l'acte fait par le fils de famille, en vertu d'une émancipation particulière et *ad hoc*, soit indistinctement nul. Il l'est, à la vérité, dans le cas où le père ne peut pas habiliter son fils à le passer. Tel serait, par exemple, un testament dans les pays où, conformément au droit romain, un enfant non émancipé est incapable de tester, même avec le consentement de son père.

Mais il en serait autrement à l'égard des actes d'une nature différente: l'émancipation *ad hoc* aurait toujours l'effet d'un consentement spécial à leur confection, et cela suffirait pour en assurer la validité.

Ainsi, par un arrêt du parlement de Toulouse, de 1682, que rapporte Boutaric, à l'endroit cité, « le sieur de Firmarcon, plaidant » contre le duc de Roquelaure fit recevoir » son fils partie intervenante, quoiqu'il ne » l'eût émancipé que pour cette intervention » seulement ».

Ainsi, on a vu plus haut qu'un fils de famille, en pays de droit écrit, peut, avec l'agrément de son père, aliéner ses biens adventices; et, par cette raison, « une émancipation momentanée et spéciale du fils de » famille non marié, à l'effet de ratifier la » vente du bien du fils, faite par le père, a » été déclarée valable en pays de droit écrit, » par arrêt du 27 juillet 1716, rendu au » rapport de M. Gon d'Argenlieu, à la première chambre des enquêtes du parlement » de Paris ». Brillon, qui rapporte cet arrêt, nous apprend « que la décision n'en a pas » été bien reçue au parlement de Bordeaux ». Mais cette anecdote, si elle est vraie, ne porte aucune atteinte au principe qui a déterminé le parlement de Paris. Peut-être y avait-il dans l'affaire des circonstances ou des demandes particulières que Brillon nous a laissé ignorer.

C'est ce même principe qui a introduit dans l'usage de la Provence une espèce d'émancipation *ad hoc*, qu'on appelle *habilitation*. Voici ce qu'en dit un acte de notoriété, donné au parquet du parlement d'Aix, le 26 juin 1722 : « Nous..... certifions que, suivant l'usage de cette province, un père a droit d'habiliter son enfant, soit par contrat de mariage, soit par un acte particulier, pour » pouvoir, dès ce jour-là, jouir des fruits des » biens désemparés, et des fonds qu'il pourra » acquérir dans la suite par son industrie, » lesquels actes ont leur exécution; et l'on » n'est pas obligé de les passer devant aucun » juge ni aucun consul, mais seulement devant notaire et témoins ».

Les effets de *l'habilitation* provençale nous sont encore retracés par un autre acte de notoriété, des mêmes magistrats, du 7 janvier 1697, conçu en ces termes: « Nous..... attestons que l'habilitation que les pères font en » Provence de leurs enfans, leur sert pour » régir et administrer leurs biens, et ne les » tire point de la Puissance du père, qui ne » la perd que par l'émancipation faite par un » acte public, en présence du juge et d'un » consul, et dûment insinuée, à moins que » le fils de famille habilité n'ait demeuré séparé de la maison de son père durant dix » ans complets, à compter du jour de son » habilitation ».

La dernière partie de cet acte de notoriété est fondée sur des principes et des lois qui font la matière du paragraphe suivant.

II. *De l'émancipation tacite qui résulte de l'habitation séparée.*

I. On a dit, au mot *Emancipation*, que l'habitation du fils, séparée de celle du père, jointe à une manière de se conduire et de gérer ses affaires, qui ne ressente nullement la gêne de l'assujétissement à la Puissance paternelle, est un des moyens indiqués par la loi pour rompre les liens de cette Puissance.

C'est une question si la jurisprudence du Hainaut n'est pas, sur ce point, contraire au droit commun.

Ce qui semblerait devoir le faire penser ainsi, c'est que les coutumes de Mons et de Chimay, qui régissent une partie de cette province, ne donnent à un enfant majeur qui veut mettre ses gains et ses acquisitions à l'abri des recherches des créanciers de son père et de sa mère, d'autre voie que de se faire émanciper judiciairement. Ne peut-on pas dire qu'une formalité aussi sévèrement requise, ne saurait être suppléée par l'habitation séparée? N'est-ce pas même pour établir plus positivement la nécessité de l'émancipation judiciaire, et l'impossibilité d'y suppléer par équipollence, que le chap. 9 de la première de ces lois municipales ordonne l'enregistrement *de toutes les mises hors de pain*? Ces termes n'excluent-ils pas, au moins relativement aux créanciers des pères et des mères, les émancipations tacites et présumées que le droit commun fait résulter de l'habitation séparée?

Ces raisons ne sont cependant pas assez fortes pour nous faire croire que l'habitation séparée ne soit pas, en Hainaut comme ailleurs, un moyen de faire cesser la Puissance paternelle.

D'abord, on ne peut disconvenir que le

défaut d'autorisation paternelle ne saurait y annuler un contrat fait par un majeur, qui, à raison de son domicile séparé de celui de son père, passe, dans l'esprit de tout le monde, pour émancipé, et capable de s'obliger. C'est d'ailleurs la décision expresse de la loi 3, D. *ad senatus-consultum Macedonianum.*

En second lieu, il est indubitable que le défaut d'émancipation judiciaire ne peut pas empêcher un enfant qui tient ménage à part, de disposer à cause de mort, des biens dont il a la pleine propriété. L'art. 5 du chap. 32 des chartes générales le prouve clairement, par la faculté qu'il donne aux majeurs de dix-huit ans seulement, quoiqu'en Puissance de père et de mère, de tester de tout ce qu'ils gagnent *par leur art, services ou industrie,* en se nourrissant et s'entretenant à leurs propres frais.

Le même texte défend aux créanciers des pères et des mères de toucher aux acquisitions faites par les enfans que ceux-ci tiennent sous leur Puissance, sans les nourrir et entretenir; ce qui doit, à plus forte raison, s'appliquer à un enfant majeur qui a une habitation séparée de son père.

On peut donc assurer que la séparation de demeure opère, en Hainaut, la même émancipation tacite que dans les autres provinces. Aussi trouvons-nous, dans un manuscrit qui nous a été communiqué par un magistrat du conseil souverain de Mons, un arrêt de cette cour, de 1705, qui, par ce motif, a déclaré le sieur du Maisnil capable d'ester en jugement, quoique son père vécût encore, et qu'il ne rapportât point d'acte d'émancipation.

II. *Mais combien faut-il de temps au fils* de famille qui a un domicile séparé de celui de son père, pour être réputé affranchi de sa Puissance?

Il y a là-dessus quatre avis différens : le premier fixe le temps de cette séparation à un seul instant; le deuxième à l'an et jour; le troisième à dix ans, et le quatrième à vingt ans.

La première de ces opinions n'a pour partisan que l'auteur d'une consultation insérée à la suite des œuvres posthumes de Duplessis (Consult. 7, pages 33 et 34). Il prétend qu'il n'y a aucune raison pour exiger, en cette matière, une séparation de dix ans, ou d'un plus long terme; qu'à la vérité, quelques auteurs ont cru qu'il fallait au et jour; mais que l'opinion la plus régulière est qu'il n'y a point de temps fatal : parceque, dit-il, dès que le père permet à son fils de vivre libre, qu'il a connaissance de la possession où est son fils de son état, et qu'il ne s'y oppose point, il est présumé l'avoir affranchi de sa Puissance, ce qui peut se faire en un instant.

Mais cet avis suppose que le consentement du père suffit seul pour opérer l'émancipation du fils, tandis que, suivant les lois les plus formelles, il ne peut avoir cet effet que lorsqu'il est, ou donné expressément devant le juge, ou suivi, pendant quelque temps, d'une habitation séparée.

« D'ailleurs (comme le dit le président Bouhier) il est de règle que le père ne peut perdre, malgré lui, un avantage aussi considérable que celui de la Puissance paternelle, dont le prix, suivant les lois, est inestimable. Il est vrai que le père est présumé avoir consenti à l'émancipation de son fils, en souffrant qu'il ait tenu en son chef un domicile séparé du sien; mais cette présomption ne peut s'induire que par un certain progrès de temps. Car, quand on supposerait qu'il a eu d'abord connaissance de ce domicile séparé, il faut bien lui donner du loisir pour se consulter, aussi bien que pour s'informer des mœurs et de la capacité de son fils, s'il s'est établi dans un autre lieu que celui de sa patrie, et pour l'avertir même, s'il le juge à propos, de retourner à la maison paternelle. Il n'est donc pas possible qu'un instant suffise pour opérer cette émancipation.

» Que l'on consulte les lois qui ont établi de pareilles présomptions, on verra que, pour les produire, elles ont exigé un certain intervalle de temps. Par exemple, pour savoir si le fils de famille, lequel s'est mis en possession d'une succession qui lui a été déférée, est présumée l'avoir fait de l'agrément de son père, afin de lui acquérir, il a été décidé qu'il faut que cette possession ait duré *per longum tempus.*

» Et, sur le fait même dont il s'agit, les lois n'ont admis la présomption contre le père, que quand il a souffert pendant long-temps, *cùm diù passus sit,* que son fils vécût en père de famille. Sur quoi Godefroi remarque que c'est par une espèce de prescription que le fils de famille, en ce cas, acquiert l'affranchissement de la Puissance paternelle. Or, toute prescription suppose un certain temps de possession, et par conséquent ne peut s'acquérir en un instant ».

La deuxième opinion est soutenue par Taisand, sur la coutume de Bourgogne. L'art. 5 du tit. 6 de cette loi porte en général, que « le fils ou fille étant hors d'âge de pupillarité, » tenant feu et lieu en son chef ou séparément de son père, est réputé émancipé de » sondit père ». Le commentateur demande

combien doit durer cette séparation pour produire un pareil effet ; et il répond qu'il suffit qu'elle dure un an et un jour. C'est en effet ce que déclarent les coutumes de Poitou, art. 312 ; de Bordeaux, art. 2 ; d'Angoumois, art. 120 ; et de Saintonge, art. 2. Mais la jurisprudence qu'elles se sont faite, ne peut être considérée comme un droit commun, ni même être appliquée à la coutume de Bourgogne.

C'est ce qu'établit parfaitement le président Bouhier.

« 1° (Dit-il), puisque notre coutume nous renvoie au droit écrit pour ce qu'elle ne décide pas, c'est ce droit, et non celui de quelques communes éloignées, que nous devons consulter sur cette matière, d'autant plus que, pour la rédaction de cet article, les lois romaines paraissent avoir servi de modèle à nos législateurs, lesquels ne connaissaient guère les autres coutumes, qui n'étaient pas encore rédigées par écrit. Or, les lois romaines se servent, à cette occasion, du terme *diù*, auquel on donne communément plus d'étendue, comme on le verra dans la suite.

» 2° Il n'y a aucune des coutumes ci-dessus dont la disposition puisse convenir à la nôtre ; car presque toutes celles qui se contentent de la séparation par an et jour, comme celles de Poitou, d'Angoumois et de Saintonge, parlent de l'enfant marié ; ce qui fait une différence essentielle, et même moins favorable à l'enfant, que notre statut par lequel le mariage seul émancipe. Il n'y a que la coutume de Bordeaux qui accorde l'émancipation au fils séparé par an et jour, quoiqu'il ne soit point marié ; mais aussi exige-t-elle qu'il ait vingt-cinq ans, circonstance qui rend l'émancipation plus favorable qu'au cas de notre coutume, où il s'agit de l'accorder à des enfans de douze et de quatorze ans : ce que nos commentateurs trouvent assez étrange, et le serait fort en effet, si l'on suivait le sentiment de ceux qui se contentent du silence du père pendant un temps aussi court que l'an et jour, pour opérer l'émancipation tacite ».

Cette doctrine a été confirmée par un arrêt bien formel du parlement de Paris.

Le sieur Mille, avocat, fils de M. Mille, conseiller au parlement de Dijon, vint à Paris à l'âge de vingt-six ans, pour y suivre quelque temps le barreau. Il loua un appartement, le garnit de meubles, y tint son ménage, paya la capitation comme les autres bourgeois, exerça publiquement la profession d'avocat, et fut même inscrit sur le tableau. Dans cette position, il contracta, dans l'espace de moins d'une année, pour près de 60,000 livres d'engagemens. M. Mille père en demanda la nullité. Il se fondait sur les principes reçus dans les pays de droit écrit, lieu de son domicile, qui déclarent nulles, non comme le dit erronément Varicourt, dans ses additions à Dénisart, *toutes dettes contractées par un fils de famille, sans la participation de son père*, mais toutes les obligations créées pour prêts d'argent faits aux enfans non émancipés.

Les sieurs Lebois et Petitot, porteurs d'une lettre de change, *valeur reçue comptant*, que le sieur Mille fils avait créée pour prétendues fournitures de vins, se fondaient, au contraire, sur l'art. 3 du tit. 6 de la coutume de Bourgogne ; ils soutenaient, d'après ce texte, que le sieur Mille fils devait être regardé comme émancipé ; qu'il réunissait publiquement toutes les qualités et les circonstances dont l'habitation séparée fait résulter la dissolution de la Puissance paternelle ; que par conséquent il avait pu s'obliger, et qu'on avait pu contracter avec lui.

M. Mille répondait que le seul fait de la séparation n'émancipait pas un fils ; que ce privilége n'était attaché qu'à la séparation *à perpétuelle demeure* ; qu'elle seule pouvait faire présumer que le père avait affranchi son fils de sa Puissance ; que cette présomption ne pouvait, aux termes des lois romaines, s'établir que par un long espace de temps, *cùm diù habitavit filius seorsim à patre* ; que le sieur Mille fils ne s'était jamais trouvé dans une telle position ; qu'il devait même d'après les arrangemens pris avec son père, retourner à Dijon, pour y fixer irrévocablement son domicile ; qu'ainsi, il n'était point émancipé, et n'avait pu contracter des engagemens de la nature de ceux dont il s'agissait ; qu'en vain les sieurs Lebois et Petitot invoquaient-ils *la faveur des alimens* ; qu'il envoyait tous les ans du vin à son fils, comme il le justifiait par factures et bordereaux ; que par conséquent les prétendus vins avaient été fournis plutôt pour être vendus et convertis en argent, que pour la consommation de son fils.

Par arrêt du 2 juin 1767, rendu à la grand'chambre, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Joly de Fleury, la sentence des consuls, qui ordonnait le paiement de la lettre de change, a été infirmée ; le sieur Mille fils a été déclaré être et avoir toujours été sous la Puissance de son père ; en conséquence, tous ses billets et lettres de change ont été anéantis, sauf quelques fournitures légitimement faites pour son usage et sa consommation, dont le paiement a été ordonné.

La troisième opinion est la plus régulière. La loi 1, C. *de patriâ Potestate*, décide qu'un fils de famille est émancipé par cela seul que son père a souffert long-temps qu'on le considérât dans le public comme père de famille : *cùm diù passus sit ut patrisfamiliâs res ejus agi.*

L'interprétation du mot *diù* a partagé les opinions des jurisconsultes. Les uns l'ont entendu d'un espace de dix ans, et les autres d'un terme de vingt.

Ceux-ci se sont fondés sur la loi 2, C. *de longi temporis præscriptione quæ pro libertate*, qui déclare affranchi, par la force de la prescription, l'esclave que son maître a laissé en possession de la liberté pendant vingt années.

« Mais (dit le président Bouhier) je ne » comprends pas qu'on ait pu mettre en com- » paraison l'affranchissement de l'esclavage » avec celui de la Puissance paternelle, comme » s'il était à présumer que le maître eût con- » senti aussi facilement à l'avantage de son » esclave, que le père à celui de son fils, et » comme si la manumission tacite trouvait » autant de faveur dans les lois, que l'éman- » cipation ».

L'opinion de ceux qui n'exigent que dix ans, est appuyée sur des lois décisives.

Tous les interprètes du droit romain conviennent que, dans le doute, le mot *diù* n'y présente point d'autre sens. On peut voir, entre autres, Alexandre, liv. 4, cons. 17, n° 4, et la note qu'y a mise Dumoulin. C'est ce qu'on remarque, surtout dans les cas où il est question de l'effet d'un long silence, *diuturni silentii.*

Nos ordonnances elles-mêmes se sont fixées à cet espace de temps, lorsqu'elles ont voulu prescrire un terme qui induisît, ou une ratification tacite des actes passés en minorité, ou un acquiescement présumé aux sentences sujettes à l'appel.

C'est sur le même principe que la coutume de Bourgogne, art. 126, parlant de la mainmise du seigneur censier sur l'assignat du cens délaissé pendant dix ans par le censitaire, on a tiré la conséquence, qu'après cet intervalle, le propriétaire avait tacitement renoncé à son héritage.

On a vu, au mot *Nantissement*, §. 1, que les coutumes de Liége, de Vermandois, de Reims, de Chauny et de Péronne, ont interprété de même le terme *diù*, employé dans la loi 2, C. *de acquirendâ possessione.* On en a pareillement usé de même dans une contestation élevée sur l'art. 8 du tit. 10 de la coutume de Courtrai. Cet article porte qu'un débiteur *ayant été long-temps caution*, peut obliger le débiteur principal à le faire décharger de son cautionnement. « Les termes *ayant* » *été long-temps caution* (dit Degewiet) ont » donné lieu à une instance au parlement de » Flandre, entre les gens de loi de Warchem, châtellenie de Courtrai, et François » Van-Doorn, qui soutenait que *dix ans* suffisaient pour se faire décharger du cautionnement qu'il avait prêté pour lesdits gens » de loi, au sujet d'une obligation courante » à intérêts, ou pour avoir une caution qu'il » ne serait point intéressé. Il obtint gain de » cause par arrêt du 22 octobre 1674 ». (*Institutions au droit belgique*, page 328 de l'édition in-4°).

Ajoutons avec le président Bouhier, que « le terme de dix ans, tenant en quelque » manière le milieu entre les différens temps » des prescriptions, a été marqué par les » jurisconsultes, comme celui qu'on devait » choisir dans les cas où le terme n'est point » spécifié. Il y en a un bel exemple dans la » loi 23, D. *de pœnis*, qui porte que *sine* » *præfinito tempore in metallum dato, de-* » *cennii tempora præfinita videntur* ».

Enfin, pour revenir à notre sujet direct, telle est, par rapport à l'émancipation tacite, la jurisprudence constante des parlemens de droit écrit.

Celui de Toulouse a jugé, le 29 mars 1580, qu'une fille séparée de son père, était, après dix ans, censée émancipée, et avait pu tester. Cet arrêt est rapporté par La Roche-Flavin, tit. 34, art. 1.

Vedel, sur Catellan, liv. 4, chap. 51, nous en fournit un autre plus récent et mieux circonstancié.

« Le sieur Maynard (dit-il) qui avait deux fils, s'absenta du royaume volontairement, et s'en alla en Espagne, pour les affaires de son commerce. Cinq ans après son départ, l'une de ses deux filles se maria et eut un fils. Plus de dix ans après le départ de son père, elle fit un testament par lequel elle institua Anne-Marie Maynard, sa sœur, au préjudice de son propre fils, lequel étant décédé à l'âge de trois ans, André Bassagin, un de ses héritiers *ab intestat*, demanda sa portion de sa succession, et de celle de sa mère, qu'il avait recueillie. Anne-Marie Maynard, héritière testamentaire, opposa le testament. Bassagin répondit que la testatrice, étant fille de famille, n'avait pas le droit de faire testament, suivant la loi 6, D. *qui testamenta facere possint*, et autres textes qui déclarent les enfans de famille incapables de faire testament, même par la permission de leur père. L'héritière répliqua

que son père s'étant absenté volontairement pendant plus de dix ans, et la séparation se trouvant volontaire de la part du père, cela produisait une émancipation tacite; comme lorsque le père a permis à son fils d'habiter séparément de lui, cette séparation opère l'émancipation tacite, suivant la loi 1, C. *de patriâ Potestate*, et la loi 28, D. *de adoptionibus*; et c'est ainsi que la cour l'a jugé, par arrêt rendu à la première chambre des enquêtes, au rapport de M. Catellan-Lamasquère, le 7 août 1730.

» Cet arrêt débouta Bassagin de l'appel par lui interjeté de la sentence du sénéchal de Carcassonne, qui avait confirmé le testament, à la charge, par l'héritière instituée, de bailler caution de restituer le tout à Maynard père, en cas qu'il revînt, la cour n'ayant pas réformé la sentence pour ce dernier chef concernant la caution, parcequ'Anne-Marie Maynard n'était pas appelante ».

Dunod, *Traité des prescriptions*, part. 2, chap. 8, assure que cette opinion est aussi adoptée au parlement de Besançon, et que, « par deux arrêts rendus les 9 août 1641 et » 21 janvier 1647, le premier entre Pierre » Huguené et Jeanne Millet, cette cour dé» clara valable le testament d'un fils, parce» qu'il avait demeuré plus de dix ans séparé » de son père, et faisant ses affaires à part ».

On a parlé, à l'article *Emancipation*, de deux arrêts semblables du parlement de Provence; et leur décision est confirmée par l'acte de notoriété, du 7 janvier 1697, qui est rapporté à la fin du paragraphe précédent.

Boucher d'Argis, sur les *Questions alphabétiques* de Bretonnier, dit, d'après la Peyrère et l'auteur des *Maximes journalières*, « qu'au parlement de Bordeaux, lorsque le » fils de famille a demeuré dix ans séparé de » son père, ou même en sa compagnie, *tan*» *quàm paterfamiliàs*, il est censé éman» cipé »; et c'est ce qu'ont jugé deux arrêts de cette cour, l'un du 26 janvier 1708, l'autre du 13 avril 1762.

Le premier, rapporté par la Peyrère, lettre F, n° 7, a déclaré habile à ester en jugement et à poursuivre ses droits, un fils de famille qui, depuis plus de dix ans, demeurait séparément de son père. Le second a précisément décidé la même chose, s'il faut en croire MM. de La Mothe, sur l'art. 2 du tit. 1 de la coutume de Bordeaux : « Le sieur » Féger père (disent-ils) demandait la nullité » d'une procédure en retrait lignager, ins» truite contre son fils majeur et négociant à » part depuis dix ans, à la requête du sieur » Meyère, négociant, demeurant aux Char» trons : la cour, sur les conclusions de M. l'a» vocat général Dudon, débouta le sieur Fé» ger père de sa demande ».

III. Il ne faut cependant pas étendre cette jurisprudence à toutes les coutumes qui parlent de l'habitation séparée, sans fixer le temps qu'elle doit durer pour émanciper un fils de famille; il y en a quelques-unes qui paraissent faire dépendre la chose des circonstances de la séparation, et par conséquent la laisser à l'arbitrage du juge.

Celle de Reims, par exemple, déclare, art. 7, que « les enfans sont censés et réputés » émancipés, quand, aux vu et su de leurs » père et mère, ils font et exercent à part » une négociation ou charge publique ». Les mots *quand ils font et exercent*, annoncent clairement que le fait seul de l'habitation séparée suffit, lorsqu'il est constant, pour faire réputer le fils de famille émancipé, sans qu'il soit question, dans cette coutume, de limiter à cet effet un espace quelconque de temps. C'est la remarque de Buridan, dans son commentaire. « Il semble (dit-il), sans » attendre un si long-temps de dix ans, que, » pour induire cette présomption, il suffit » que le temps soit tel, comme aussi le trafic » ou négoce, que l'on puisse notoirement re» connaître, ou du moins présumer par une » présomption violente, la volonté du père » être telle que de tenir son fils pour éman» cipé, voire même pour le réputer pour tel » par une telle science et tolérance du père. » Ce que le juge, *arbitrio boni viri*, pourra » juger, s'étant dûment informé des circons» tances et dépendances du fait, comme de » l'âge, qualité des parties, et de l'espèce de » trafic dont il sera question ».

Nous pouvons ajouter que la coutume de Reims faisant cesser de plein droit la Puissance paternelle dès que le fils a atteint l'âge de vingt ans, il y aurait de l'absurdité à exiger que la séparation durât long-temps pour opérer le même effet, puisqu'il est très-rare qu'un enfant puisse former le moindre établissement avant sa dix-huitième ou dix-neuvième année.

Cette observation reçoit encore une application exacte aux coutumes de Chalons et de Sédan.

Suivant l'art. 7 de la première, « les enfans » sont en la Puissance des pères, et n'en sor» tent qu'ils ne soient âgés de vingt ans, ou » mariés, ou tenant maison et faisant fait à » part, aux su et vu du père, sinon qu'ils » soient émancipés par leurdit père ».

La seconde déclare, art. 6, « qu'enfans de » famille sont censés émancipés, quand, aux » vu et su de leurs père et mère, ils font et » exercent à part négociations, état ou char- » ges publiques ».

IV. Lorsque l'habitation séparée est parvenue au terme requis pour qu'il en résulte une émancipation tacite, doit-on regarder comme valables tous les actes que le fils de famille a faits dans l'intervalle?

Écoutons là-dessus Catellan, liv. 4, chap. 51 :

« Il faut remarquer que cette émancipation tacite, qu'opère la séparation des enfans mariés pendant dix ans, a un effet rétroactif, et rend bonnes et valables les obligations consenties par tels enfans envers leurs pères, pendant ces dix années.

» Ainsi, Pierre Subrevies, fils d'autre Pierre, ayant vécu séparé de son père pendant plus de dix ans, et ayant consenti plusieurs obligations en faveur de son père, pendant les premières années de cette séparation, et les enfans et héritiers de ce Pierre Subrevies fils ayant demandé la cassation de ces obligations, comme étant consenties en faveur d'un père par un fils non encore émancipé, et qui ne l'avait été que postérieurement par le laps de dix ans; il y eut arrêt qui débouta ces héritiers du fils de la cassation par eux demandée, et les condamna à payer aux héritiers du père les sommes contenues aux obligations.

» On crut que, quoique ces obligations fussent consenties dans les premières années de la séparation, et avant le laps de dix ans, et que, dans les obligations, on regarde le temps auquel elles sont contractées, néanmoins ces obligations étaient bonnes et valables, parceque l'émancipation tacite, qui s'accomplit par le laps de la dixième année, a un effet rétroactif, le père étant présumé avoir eu intention d'émanciper son fils dès le commencement, et ayant ratifié cette émancipation tacite par le laps de dix ans.

» On ajoutait que, comme le père, dans l'émancipation expresse, étant présumé donner à son fils le pécule qu'il ne lui ôte pas, est néanmoins présumé vouloir être payé de ce qui lui est dû par ce fils, *ex causâ peculiari*, il en doit être de même dans l'émancipation tacite, par la séparation et le laps de dix ans, et que le fils, devenu par-là le maître de son pécule, doit payer tout ce qu'il se trouve devoir alors à son père ».

Le président de Bézieux, liv. 8, chap. 4, §. 9, établit la même chose, mais sur un autre principe. Il considère l'émancipation tacite dont nous parlons, comme l'ouvrage d'une prescription proprement dite; il argumente de la règle qui donne à toutes les prescriptions un effet rétroactif au commencement de la possession qui en est la base, et il rapporte un arrêt du parlement de Provence, du 5 avril 1664, conforme à celui du parlement de Toulouse, que Catellan vient de nous retracer.

V. On a dit, à l'article *Émancipation*, que l'habitation séparée n'émancipe le fils que lorsqu'elle est entièrement libre de sa part, et que le père ne s'y oppose point.

Cette maxime a servi de fondement à deux arrêts du parlement de Toulouse, que Catellan rapporte en ces termes :

« Un curé, attaché nécessairement à sa cure et à la maison du seigneur, pour laquelle il doit quitter celle de son père, n'est point émancipé par cette séparation pendant l'espace de dix ans, comme il fut jugé par arrêt du 27 avril 1657, après partage porté en la première chambre des enquêtes, de la seconde.

» Si la pauvreté oblige une fille de sortir de la maison de son père, pour aller ailleurs gagner sa vie en qualité de servante, cette fille n'est pas émancipée par le laps de dix ans, parceque c'est une séparation forcée où la nécessité l'a contrainte, et à laquelle le père a consenti malgré lui. C'est ainsi que cette question fut jugée en la grand'chambre, le 11 décembre 1648 ».

La raison qui a dicté ces arrêts, s'applique d'elle-même à une fille mariée. La nécessité que lui imposent la nature et la loi, de suivre son époux, et la défense qui est faite à son père même de l'en empêcher (1), forment sans contredit un obstacle invincible à ce que son éloignement de la maison paternelle lui procure le bénéfice de l'émancipation tacite.

« C'est ainsi (dit d'Olive, liv. 3, chap. 3) que cette question fut jugée, au procès d'entre le sieur de Saint-Foix et le sieur de La Colarède, en la deuxième des enquêtes, le 11 février 1633, au rapport de M. Noël; et depuis, à mon rapport, le 26 mai 1636, au procès d'entre Jean et Guillaume Dufaus, et Gilette de Portésan; et avait été auparavant jugée au mois de septembre, en l'an 1591, en la cause

(1) *Imò, magis de uxore exhibendâ ac ducenda pater etiam qui filiam in Potestate habet, à marito rectè convenitur.* Loi 2, D. *de liberis exhibendis.*

de Jean et de Guillaume de Séguala, frères, au rapport de M. de Fabry.

» Par le premier arrêt, il fut jugé que l'usufruit des biens advenus à une fille qui était en mariage depuis quinze ou seize ans, appartenait au père; par le deuxième, que le testament d'une fille mariée depuis douze ou quatorze ans, était de nul effet et valeur; par le troisième, que la donation qui avait été faite par le père à sa fille, qui avait demeuré en mariage quinze ou seize années, avait besoin d'être confirmée par la mort du donateur ».

Ce magistrat ajoute que cette doctrine a encore été suivie par un arrêt du 11 mars 1641, rendu à son rapport, « en la deuxième des enquêtes, au procès d'entre Arnaud Labaille » et Jean La Briffe, par lequel le testament » d'une fille mariée, qui avait vécu avec son » mari hors de la maison de son père l'espace » de plus de dix ans, fut déclaré de nul effet » et valeur; et la même chose a été jugée, en » la chambre de l'édit, le 19 novembre 1642, » au rapport de M. de Ranchien, en la cause » de Pelat : l'usufruit des biens advenus à la » fille ayant été, nonobstant son mariage et » sa longue séparation, adjugé au père ».

Mais la fille mariée peut devenir veuve : alors elle commence à jouir des effets de l'habitation séparée; et si, dans cet état, elle passe dix années entières sans que son père la rappelle auprès de lui, « elle est émancipée (dit » Catellan), comme il a été jugé le 2 mai 1646, » après partage porté de la seconde à la pre» mière chambre des enquêtes ».

[[VI. Le Code civil n'attribue pas et ne peut pas attribuer à l'habitation séparée du fils, l'effet de l'émanciper. Et en effet, comment le fils pourrait-il, avant l'âge de vingt et un ans, c'est-à-dire, avant l'âge où il est de plein droit affranchi de la Puissance paternelle, avoir demeuré séparément de son père pendant un espace de temps assez long, pour que son père fut censé, en le tolérant, l'avoir émancipé?]]

§. III. *Quels sont les dignités, les emplois, les offices qui émancipent de plein droit?*

I. Il y a, sur ce point, une différence remarquable entre les pays de droit écrit et les pays coutumiers.

Dans les premiers, les grandes dignités sont les seules qui émancipent.

Mais que doit-on entendre à cet égard par *grandes dignités?* C'est sur quoi les auteurs ne sont pas d'accord. Reprenons la chose dès son origine.

Il paraît que l'ancien droit romain ne donnait à aucune dignité la vertu d'affranchir les enfans de la Puissance paternelle. C'est ce que fait entendre Justinien dans ses Institutes, liv. 1, tit. 12, §. 4, lorsqu'il dit que, ni la qualité de militaire, ni la pourpre de sénateur, ni le consulat n'émancipent le fils de famille; mais qu'il en est autrement de la dignité de patrice (1), depuis qu'il en a fait une loi expresse, qui est la dernière, au Code, *de consulibus.*

Ce législateur va plus loin dans sa novelle 81. Il y distingue les dignités ecclésiastiques d'avec les civiles. Dans les premières, l'épiscopat est la seule à laquelle il attribue l'effet d'émanciper. Dans les secondes, il donne cette vertu, non-seulement au patriciat, mais encore au consulat, soit ordinaire, soit à simple brevet (2); à la qualité de préfet du prétoire (3); à celle de préfet de la ville (4); à celle de maître de la milice (5), et généralement à

(1) Les patrices étaient ainsi appelés, parcequ'on les considérait comme pères de l'empereur. Ces dignités étaient perpétuelles; et si relevées, que les rois même se faisaient honneur d'en être décorés. Clovis en fut revêtu en 508, et Charlemagne en 774. *V.* la loi 5, C. *de Consulibus;* et *l'Abrégé chronologique de l'Histoire de France, par le président Hénaut,* pages 4 et 60 de la cinquième édition.

(2) Les empereurs romains, ne pouvant satisfaire à la fois l'ambition de tous les courtisans qui les environnaient, imaginèrent l'usage des dignités à brevet. On en trouve des preuves dans les novelles 33 et 70, et dans le chap. 1 de la novelle 81.

(3) Le préfet du prétoire était la première personne après l'empereur. Il avait seul le droit de juger en dernier ressort. Sous le règne de Justinien, il y eut trois préfets du prétoire, l'un en Orient, l'autre en Illyrie, le troisième en Afrique. Ils avaient chacun une autorité souveraine dans leurs départemens, et c'était à leurs tribunaux que se portaient les appels des présidens des provinces et des autres préfets. (Terrasson, *Histoire de la jurisprudence romaine,* part. 1, §. 6.)

(4) Le préfet de la ville était d'abord un magistrat dont l'emploi se bornait à rendre la justice pendant que les autres magistrats s'absentaient de Rome, soit pour aller à la guerre, soit pour vaquer à quelque affaire qui intéressait le salut et la gloire de la république. Mais Auguste ayant fait de ce préfet un magistrat perpétuel, l'empereur Sévère lui attribua la connaissance de tous les crimes qui se commettaient, non-seulement dans l'enceinte de Rome, mais encore aux environs. (Terrasson, *ibid.*)

(5) Le maître de la milice était un magistrat qui jugeait les procès des gens de guerre, excepté de ceux qui faisaient partie de la maison de l'empereur. Il avait aussi inspection sur les commissaires des vivres; il faisait distribuer le pain de munition aux soldats; et c'était à lui que l'on confiait ordinairement le gouvernement des places frontières. (Terrasson, *ibid.*)

toutes les dignités qui affranchissaient de la charge de décurion ceux qui en étaient revêtus. On a vu, au mot *Légitimation*, sect. 1, n° 1, ce qu'était cette charge; l'exemption n'en était attachée, suivant les novelles 38 et 70, qu'aux emplois même de préfet du prétoire, de préfet de la ville, de maître de la milice, et à celui de préfet militaire, ou commandant des armées. Encore fallait-il, pour donner ce privilége, et conséquemment pour émanciper, que ces emplois ne fussent pas simplement honoraires ou à brevet, mais exercés réellement : *Nam quæ propter solum honorem dantur tales dignitates (præfectorias dicimus, idem autem est dicere et magistro militatûs) non eximere curiæ albo eos qui hæc meruerunt, sancimus.* Ce sont les termes de la préface de la novelle 38, §. 3.

De toutes ces dignités, nous ne connaissons dans nos mœurs que celle d'évêque; et de là vient la difficulté d'adapter à notre jurisprudence les dispositions de la novelle 81.

On convient, à la vérité, que, dans l'ordre ecclésiastique, l'épiscopat est la seule dignité qui émancipe. C'est ce qu'enseigne surtout Duranti, quest. 21, n° 16.

On se réunit également à assurer le même privilége aux places de gouverneurs des provinces et de lieutenant-généraux des armées, qui en effet représentent assez exactement les maîtres de la milice et les préfets militaires de l'empire romain.

Il paraît aussi qu'on met sur la même ligne les ministres, les secrétaires et les conseillers d'état, peut-être parcequ'on les regarde comme des images des anciens patrices.

Mais en est-il de même des magistrats des cours souveraines?

Boniface, tome 4, liv. 8, tit. 10, chap. 1, n° 35, dit qu'au parlement de Provence, les offices de conseillers émancipent de plein droit; et La Roche-Flavin, *Traité des Parlemens*, liv. 10, chap. 18, prétend qu'on doit en juger ainsi partout.

Mais cette doctrine est combattue par Despeisses, tome 2, page 6; par le président Favre, dans son Code, liv. 8, tit. 33, déf. 3; par Barry, *de successionibus*, liv. 1, tit. 7, n° 2; par Bretonnier sur Henrys, tome 2, liv. 4, quest. 13; par le président Bouhier, chap. 16, n° 67; et surtout par le §. 4, du tit. 12 des Institutes, où il est dit que la dignité de sénateur romain, à laquelle il s'en faut beaucoup que l'on puisse comparer même celle de conseiller de cour souveraine, ne rompt pas les liens de la Puissance paternelle.

Quant aux offices de présidens, d'avocats et procureurs généraux, Despeisses, Barry, Bretonnier, aux endroits cités, et Rebuffe, sur le concordat, titre *de elect. derog.*, aux mots *regium advocatum*, verset. *trigesimum*, soutiennent qu'ils émancipent.

L'opinion contraire a cependant des sectateurs: Serres, *Institutions au droit français*, liv. 1, tit. 12, §. 4, dit que, « parmi nous, il » n'y a tout au plus que les premières dignités de l'église, de la robe et de l'épée, qui » aient le privilége d'affranchir de la Puissance paternelle; mais qu'on n'a pas vu pratiquer ce même privilége quant aux charges de présidens, avocats généraux, maîtres » des requêtes, et autres, quoiqu'il leur soit accordé libéralement par quelques auteurs ».

Le président Bouhier enseigne la même chose par rapport à sa province :

« Il est notoire que les fils de famille n'y sont émancipés par aucune charge ni par aucune dignité; en sorte que le sénatus-consulte Macédonien s'y observe, même à l'égard des officiers des cours souveraines, sans en excepter les présidens de la cour, les gens du roi, ou autres.

» Nous en avons des exemples assez récens, qu'il est inutile de rapporter; et c'est sans fondement que deux commentateurs de notre coutume (Durand, *Institutes coutumières*, liv. 1, tit. 4; et Taisand, tit. 6, art. 3, n° 6) en ont paru douter ».

S'il y a tant de difficulté sur ce point, par rapport aux officiers des cours souveraines, on doit bien s'imaginer que les charges inférieures n'émancipent nullement. Aussi a-t-on vu ci-devant, sect. 3, §. 4, qu'un arrêt du parlement de Paris, du 9 août 1692, a déclaré sujet au sénatus-consulte Macédonien, un prêt fait au sieur du Coin, trésorier de France de la généralité de Lyon.

II. A l'égard du droit coutumier, on a vu aux mots *Etat honorable*, que, suivant celui de la Belgique, le fils de famille est émancipé par sa promotion à un emploi ou caractère public, qui fixe son sort pour toujours ou pour un temps illimité, tel que la prêtrise, une charge de judicature, etc.

Nous avons établi, au même article, que la jurisprudence du Hainaut est conforme, sur ce point, à celle des autres provinces belgiques; et c'est aussi le sentiment de Boulé, premier président du ci-devant conseil provincial de Valenciennes, dans ses *Institutions au droit coutumier de Hainaut*, tome 1, page 214.

Nous ne dissimulerons pas cependant que cette opinion est contredite par quelques jurisconsultes du pays. Nous trouvons même

dans d'anciennes notes manuscrites, que le conseil souverain de Mons a jugé, le 8 octobre 1689, contre les confrères de Notre-Dame de Lorette et les exécuteurs testamentaires de Marie-Antoinette Hérisseu, que l'état de prêtrise n'affranchissait point un fils de famille de la Puissance paternelle; et un recueil manuscrit d'arrêts du même tribunal nous apprend qu'il en avait été ainsi jugé *in terminis*, dès le 8 octobre 1685: il s'agissait de savoir si un prêtre avait pu tester et disposer par cette voie d'un pécule adventice dont il était propriétaire et usufruitier tout ensemble; l'arrêt jugea pour la négative.

Quoi qu'il en soit, il est au moins certain que les dispositions des coutumes de la Belgique qui attribuent à tout *état honorable* la vertu d'émanciper les enfans de famille, forment le droit commun des autres provinces coutumières. Coquille, sur la coutume de Nivernais, chap. 22, art. 2, dit qu'on sort de la Puissance paternelle, « soit par émancipation, » soit par mariage en âge compétent, soit » par prêtrise, soit par promotion à quelque » office public.... Car en tous ces cas (ajoute-» t-il), selon la commune usance de ce royau-» me, l'émancipation est présumée ».

C'est, d'ailleurs, ce que décident expressément plusieurs coutumes, et notamment celles de Sedan et de Reims, comme on l'a vu dans le §. précédent.

Celle de Metz dit pareillement, tit. 1, art. 4, que les enfans sont émancipés, dès qu'ils sont *pourvus de grade ou état honorable*.

Celle de S. Mihiel porte, tit. 1, art. 20, que « les clercs constitués ès ordres sacrés, » sont censés émancipés et mis hors de la » Puissance paternelle, en quelque âge qu'ils » soient ». Elle ajoute qu'il en est de même des simples « bénéficiers, pour l'égard des » choses et affaires concernant leurs béné-» fices »; ce qui est conforme au droit commun, même écrit: car, suivant la loi 34, C. *de episcopis et clericis*, les ecclésiastiques possèdent, à titre de pécule quasi-castrense, tout ce qu'ils acquièrent au service de l'église.

La coutume de Gorze, tit. 1, art. 28, déclare aussi émancipés les enfans qui sont « pourvus d'état ou grade honorable, étant, » les mâles, âgés au-dessus de vingt ans com-» plets, et les filles, de dix-huit ans passés ».

La coutume de Bassigny, art. 42, et celle de Bourbonnais, art. 165, disent la même chose des fils de famille revêtus du caractère de prêtre.

[[III. Sous le Code civil, il n'y a aucun état ni emploi public qui émancipe le fils de famille; et la raison en est bien simple: c'est qu'il n'y a aucun état ni emploi public auquel on puisse être promu avant l'âge où la Puissance paternelle cesse de plein droit.]]

§. IV. *Le mariage émancipe-t-il les enfans de famille?*

I. La négative ne souffre aucun doute dans les principes de la jurisprudence romaine. Il y a cependant bien des provinces de droit écrit où l'on en use autrement.

II. Telles sont d'abord toutes celles qui ressortissent au parlement de Paris. C'est ce qu'ont jugé des arrêts des 10 juillet 1591 et 6 avril 1594, cités par Charondas dans ses *Pandectes*, liv. 2, chap. 4; un du 19 juin 1593, rapporté par Rouillard dans ses *Reliefs forenses*, chap. 29; et trois des 15 juillet 1595, 5 et 14 juillet 1597, insérés dans le recueil de Louet et de Brodeau, lettre M, §. 18. Le président Maynard, liv. 9, chap. 9, en rapporte un autre, du 6 avril 1599. On en trouve encore un, du 3 septembre 1667, dans le Journal des audiences.

III. Tel est aussi le duché de Bourgogne. On a rendu compte ci-devant, §. 1, d'un certificat donné par le parlement de Dijon, le 13 août 1677, qui porte que les enfans sont *émancipés par le mariage*.

IV. Brodeau, à l'endroit cité, « dit que le » même se pratique et se juge au parlement » de Toulouse ». Mais c'est une erreur démentie par une foule d'arrêts, et notamment par ceux qu'on a rapportés plus haut, §. 2, sur la question de savoir si la fille mariée profite du bénéfice de l'émancipation tacite par l'effet de sa séparation d'avec son père.

L'assertion de Brodeau n'est pourtant pas fausse à tous égards: elle est vraie en un certain sens, par rapport à deux villes du ressort du parlement de Toulouse, savoir, Toulouse même et Montpellier. La coutume de la première déclare, tit. 3, que le fils et la fille sont émancipés par le mariage, lorsque leur père fait à l'un une donation à cause de noces, et à l'autre une constitution dotale; et il paraît par ce que Serres dit de la seconde dans ses *Institutions au droit français*, liv. 1, tit. 9 et 12, qu'elle contient absolument la même disposition.

Mais ces coutumes sont-elles observées?

L'auteur que nous venons de citer, assure que ni l'une ni l'autre ne l'est relativement à la fille.

» Mais, à entendre Catellan, liv. 4, chap. 51, la chose souffre bien des difficultés : il est vrai que ce magistrat incline également pour la non émancipation de la fille mariée; il parle même d'un acte de notoriété donné dans ce sens, à son rapport, le 9 mai 1676.

« Sur une requête présentée (dit-il) par le sieur de Carrière, dans laquelle il demandait un certificat qui témoignât qu'à l'égard des filles, la coutume n'était pas observée à Toulouse, pour lui servir dans un procès évoqué au parlement de Bordeaux, il fut délibéré que le certificat qu'il demandait, lui serait expédié par le greffier de la cour.

» On crut que l'usage distinguait et devait distinguer les filles d'avec les garçons à qui le père a fait une donation, et que le père a laissé vivre séparément; cette donation et cette séparation, qui séparent et qui divisent les intérêts et les personnes, aidées de la coutume de Toulouse, donnent, par le fait du père même, une atteinte à l'autorité paternelle; et le fils peut, comme père de famille, tester en ce cas-là.

» Il n'en est pas de même à l'égard d'une fille dotée; cette donation, devoir de père, non plus que l'habitation de la fille hors de sa maison, n'induit du côté du père aucune volonté et aucun dessein d'émanciper ».

Jusqu'ici, l'inobservation de la coutume, par rapport aux filles, ne paraît pas faire la matière du doute. Mais écoutons encore Catellan :

« Je ne dois cependant pas omettre que MM. les gens du roi donnèrent, dans cette même affaire, un certificat contraire à celui qu'on avait ordonné, à mon rapport, qui serait expédié par le greffier..... J'ai même ouï parler d'un ancien arrêt, rendu le 14 mai 1639, plaidant MM. Bernard et Parisot, prononçant M. le président Ciron, par lequel le testament de la demoiselle de l'Espinasse, veuve de Julia, fut confirmé, quoique le père en demandât la cassation, comme d'un testament fait par une fille non émancipée.

» J'ajouterai que le parlement de Bordeaux, dans cette contrariété mal entendue de certificats, crut devoir suivre le texte même de la coutume, et confirma le testament de la demoiselle de Martin, femme du sieur de Tiffaut, dont il était question.

» Un autre motif de l'arrêt de Bordeaux, selon que j'ai appris, fut que le certificat de la grand'chambre de notre parlement avait été donné par des juges suspects, et dont l'affaire avait été évoquée; ce qui a fait que depuis, dans le cas de pareilles demandes de certificats en toute matière, on a très-sagement refusé d'en donner ».

A l'égard des enfans mâles, le président Maynard, liv. 5, chap. 2, Cambolas, liv. 1, chap. 27, Duranti, quest. 21, Dufrançois, dans ses notes sur le titre cité de la coutume de Toulouse, assurent que le mariage les émancipent conformément à cette loi municipale; mais ils ajoutent qu'il faut, pour cela, que ces enfans aient vécu quelque temps séparés de leur père; ou que, vivant dans la maison paternelle, ils aient agi en pères de famille, et se soient chargés de tous les soins et de toutes les dépenses domestiques.

On a même porté le rigorisme jusqu'à douter si, dans l'un de ces cas, la coutume de Toulouse devait être observée. La négative était appuyée sur des raisons assez spécieuses; mais l'avis contraire l'emporté.

« Par arrêt rendu à l'audience de la grand'chambre, au mois de juillet 1688, dans la cause de M. de l'Hôpital, conseiller au parlement, et de la dame de Lairac, sa belle-fille, il fut jugé (dit Catellan) que, suivant cette coutume, le feu sieur de l'Hôpital-Montfout, fils dudit sieur de l'Hôpital, conseiller, ayant été marié par son père, qui lui avait fait certaine donation, et ayant demeuré quelque temps *seorsùm à patre*, était émancipé, et que le sieur de l'Hôpital, conseiller, était mal fondé à s'opposer à une assemblée de parens pour nommer un tuteur à ses petits-fils, qu'il prétendait être en sa Puissance.

» Un appointement du sénéchal, qui ordonnait cette assemblée, fut confirmé ».

La même chose avait été jugée précédemment par deux arrêts rendus dans des circonstances qui présentaient quelques raisons particulières de douter. Ils sont rapportés l'un et l'autre par Catellan.

Voici le premier :

« Pierre Bésumbes avait marié Emmanuel Bésumbes son fils, avec Claire de Bartuel, lui avait fait certaine donation, et avait promis de nourrir et entretenir les mariés pendant deux ans. Ce fils, étant malade, va demeurer quelque temps à la campagne avec son beau-père, et ensuite vient loger avec sa femme, à Toulouse, dans la maison de ce beau-père, où il meurt dans les deux ans de son mariage, après avoir fait testament, par lequel il institue Pierre Bésumbes, son fils unique, et la demoiselle de Bartuel, à laquelle il lègue la somme de 2000 livres.

» La demoiselle de Bartuel, s'étant remariée avec le sieur de Ribonet, Pierre Bésumbes, en qualité de légitime administra-

teur des biens de son petit-fils, demande la cassation du testament d'Emmanuel, son fils, concernant le legs de 2000 livres fait à la demoiselle de Bartuel, sa femme, prétendant que son fils, étant fils de famille, et sous la Puissance paternelle, n'avait pu faire testament qu'en faveur de ses enfans, et non en faveur d'une étrangère, telle qu'était sa femme.

» Il ajoutait que la coutume de Toulouse, qui permettait aux fils mariés et donataires de leurs pères, de faire testament comme tacitement émancipés, ne devait pas être observée à l'égard des testamens faits en faveur des étrangers; que, suivant l'interprétation qu'on donne communément à la coutume, le fils marié et donataire de son père n'est pas émancipé, s'il ne loge *seorsùm à patre, vel in domo patris tanquàm paterfamiliàs se gerat;* que son fils n'avait jamais eu intention de vivre séparément de lui, et agir en père de famille, n'ayant été chez son beau-père que pour prendre l'air à la campagne, et ensuite à la ville, pour s'y faire soigner plus commodément, où il était mort dans les deux ans pendant lesquels le père avait promis de nourrir et entretenir les mariés chez lui ».

Nonobstant ces raisons, par arrêt rendu à la grand'chambre, le 23 mai 1664, le parlement de Toulouse débouta le père de sa demande en nullité du testament, fit délivrance à la demoiselle de Bartuel de son legs de 2000 livres, et donna l'administration tutélaire de Pierre Bésumbes, *fils* d'Emmanuel, à Pierre Bésumbes, aïeul paternel.

Le second arrêt a été rendu entre les mêmes parties que le premier.

Pierre Bésumbes, fils d'Emmanuel, était mort en 1678, après avoir fait un testament par lequel il instituait héritière la demoiselle de Bartuel sa mère.

Celle-ci fait assigner Pierre Bésumbes, son beau-père, en délaissement des biens compris dans son institution.

Pierre Bésumbes répond qu'Emmanuel Bésumbes, père du testateur, n'est jamais sorti de sa Puissance; et qu'ainsi, le testateur lui-même ne peut être décédé qu'en état de fils de famille. Il appuie cette prétention sur les mêmes moyens qu'il avait inutilement employés lors de l'arrêt du 3 mai 1664;

» Et il ajoute (dit Catellan) qu'Emmanuel Bésumbes ne pouvait au moins avoir été tacitement émancipé que depuis qu'il avait quitté sa maison pour aller chez Bartuel son père; or, en ce temps-là, Pierre Bésumbes, fils d'Emmanuel, était né, et par conséquent était sous la Puissance de son aïeul; l'émancipation de la seule personne du fils, arrivée après la naissance du petit-fils, laissa le petit-fils sous la Puissance de l'aïeul; que la coutume de Toulouse n'émancipe pas le fils marié, ni ne dit qu'il est émancipé, mais seulement qu'il est considéré comme émancipé, *habetur pro emancipato et testari potest;*

» Qu'ainsi, ce n'est pas une émancipation véritable, mais une fiction, afin que le père de famille puisse tester et agir comme père de famille; que cette fiction ne peut rien opérer au-delà de la personne du fils marié, ni mettre le petit-fils hors de la Puissance de l'aïeul, à l'exemple de la dignité que le fils de famille acquiert, qui peut le dégager de la Puissance paternelle, mais par une émancipation personnelle qui ne s'étend point au petit-fils, lesquels demeurent toujours sous la Puissance de l'aïeul (Auth. *sed episcopalis*, C. *de episcopis et clericis;* novelle 81, chapitre dernier); comme, dans l'émancipation expresse, le père peut, en émancipant son fils, retenir son petit-fils sous sa Puissance, comme dit Justinien dans ses Institutes;

» Et, parcequ'on opposait principalement à Pierre Bésumbes, l'arrêt du 23 mai 1664, il demandait qu'il plût à la cour déclarer n'avoir entendu, en confirmant, par cet arrêt, le testament de son fils, le déclarer émancipé, puisque son testament pouvait valoir comme fait par un fils de famille, puisqu'il était en faveur d'un fils ».

La demoiselle de Bartuel répliquait

« Que l'émancipation que le père fait de son fils, peut laisser les petits-fils sous la Puissance de l'aïeul, cet aïeul ne pouvant être obligé d'émanciper ses petits-fils; mais que l'émancipation que la loi fait, doit avoir un effet plus entier et plus absolu, et que, dégageant le fils de la Puissance paternelle, il faut que, pour ne pas introduire une séparation du père et des enfans, les petits-fils sortent de la puissance de leur aïeul, et tombent sous celle de leur père émancipé;

» Qu'Emmanuel Bésumbes, son mari, avait été émancipé par son mariage, aux termes de la coutume, qui ne requiert autre chose; qu'il avait même demeuré quelque temps *seorsim à patre;* qu'ainsi, Pierre, son fils, était né sous sa Puissance et devenu *sui juris* par le prédécès d'Emmanuel son père;

» Que l'arrêt contradictoire, du 23 mai 1664, ne pouvait être ni changé, ni interprété; que cet arrêt avait jugé la validité de l'émancipation, en confirmant le testament d'Emmanuel, même quant au legs de

2000 livres, fait à la demoiselle de Bartuel sa femme, et quant à la substitution pupillaire y apposée, et donnant à Pierre Bésumbes l'administration tutélaire de la personne et des biens de son petit-fils; par où était marqué que le petit-fils était *sui juris*, et non sous la Puissance de l'aïeul ».

Sur toutes ces raisons, continue Catellan, « Intervint arrêt du 13 mai 1679, qui déboute Pierre Bésumbes, confirme l'arrêt et le testament du petit-fils, maintient la demoiselle de Bartuel dans tous les biens de Pierre Bésumbes son fils, condamne Pierre Bésumbes, aïeul, à lui rendre compte de l'administration tutélaire qu'il avait faite des biens de son petit-fils; adjuge à cet aïeul le droit de retour qu'il demandait solidairement, des biens qu'il avait donnés à Emmanuel son fils, par le prédécès de son fils et petit-fils, francs et quittes de toutes hypothèques, sauf des cas dotaux de la demoiselle Bartuel, en cas d'insuffisance seulement des autres biens.

« Cet arrêt, quant à la question que nous examinons dans ce chapitre, jugea qu'Emmanuel Bésumbes, suivant le précédent arrêt, était émancipé par la donation à lui faite par son père, et séparation de quelque temps, et que par conséquent Pierre Bésumbes, petit-fils, l'était aussi comme né *ex filio emancipato* ».

V. Dans le ressort du parlement de Besançon, il passe pour constant que le mariage n'émancipe point les enfans mâles.

A l'égard des filles, on y distingue celles de Besançon d'avec celles des autres parties de la province. Les premières ne sont point émancipées par le mariage, parceque leur patrie ne reconnait point d'autre loi municipale que le droit romain. Mais il en est autrement des secondes; l'art. 24 de la coutume de Franche-Comté décide très-clairement qu'elles sortent de la Puissance paternelle au moment où elles se marient. Voici les termes de ce texte: « La femme mariée, » soit qu'elle ait père ou aïeul paternel, ou » non, après la consommation du mariage, » demeure en la Puissance de son mari... » Mais elle peut tester et disposer par testament, dernière volonté ou donation à » cause de mort, sans l'autorité de sesdits » aïeul, père et mari ».

VI. Quant aux pays vraiment coutumiers, on y tient universellement pour maxime, que le mariage émancipe les enfans mâles, comme les filles. C'est ce qu'attestent tous les auteurs, et ce que déclarent les chartes générales de Hainaut, chap. 94, art. 6; les coutumes du chef-lieu de Valenciennes, art. 27; du chef-lieu de Mons, chap. 8; de Lessines, tit. 4, art. 2; de Cambrai, tit. 6, art. 1; de Liége, tit. 1, art. 9; de Metz, tit. 1, art. 4; de l'Evêché de Metz, tit. 1, art. 15; de Châlons, art. 7; de Reims, art. 6; de Sédan, art. 5; de Bouillon, chap. 11, art. 7; de Clermont en Argonne, chap. 6, art. 7; de Lille, chap. 4, art. 2; de la châtellenie de Lille, chap. 13, art. 1; de Tournai, chap. 10, art. 2; de Douai, chap. 7, art. 2; de la gouvernance de Douai, chap. 11, art. 1; d'Orchies, chap. 6, art. 3; de la Gorgue, art. 111; de St.-Mihiel, tit. 1, art. 18; de Gorze, tit. 1, art. 13 et 27; de Lorraine, tit. 1, art. 15; de Bassigny, art. 42; de Châteauneuf, art. 72 et 73; de Dreux, art. 54; d'Orléans, art. 180; de Montargis, chap. 7, art. 2 et 6; de Berry, tit. 1, art. 3; de Blois, art. 1 et 2; de Nivernais, chap. 23, art. 1; d'Auvergne, tit. 14, art. 2; de Bergues-Saint-Winock, rubr. 10, art. 27; de Bailleul, rubr. 11, art. 1; de Gand, rubr. 21, art. 1; et presque toutes les autres coutumes de la Flandre flamande.

On remarque la même disposition dans celles de Poitou, d'Angoumois, de Bretagne, de Bourbonnais et de Saintonge; mais elle y est modifiée de différentes manières.

On a rapporté au mot *Emancipation*, ce que contient là-dessus la première de ces lois; et l'on a vu ci-devant, sect. 2, que la coutume d'Angoumois a été rédigée dans le même esprit.

Celle de Bretagne a beaucoup d'affinité avec celle de Franche-Comté.

D'abord, elle soumet la femme à l'autorité maritale, art. 429 et 449; et par conséquent elle l'affranchit virtuellement de la Puissance paternelle: c'est la doctrine de d'Argentrée, et elle est fondée sur le principe si bien démontré par le président Favre, qu'on ne peut être à la fois sous la Puissance de deux personnes. *Nemo potest*, dit ce grand magistrat (1), *in duorum simul esse Potestate, non magis quàm in dominio duorum..... Jus enim Potestatis, cùm personæ sit in personam, non potest non esse individuum, sicut et persona ipsa est à quâ et in quam exercetur.*

En second lieu, l'art. 527 de la coutume dont il s'agit, porte, à la vérité, que *l'enfant*

(1) Jurisprudentiæ Papinianeæ scientia, tit. 8, princip. 4.

marié avec l'assentiment de son père, est émancipé par la coutume ; mais il ajoute : *quant à jouir de ses biens ;* termes qui font entendre très-clairement que la Puissance paternelle subsiste encore à tous autres égards, même après le mariage du fils. Ainsi, dit d'Argentrée, l'enfant marié pourra administrer ses biens, en passer les baux, en recevoir les revenus ; mais sa capacité ne s'étend pas plus loin. C'est ce qu'on sentira évidemment, si l'on fait attention à la différence de l'article cité, d'avec le suivant, qui parle en ces termes d'une véritable émancipation : « Fils de famille qui aura excédé » l'âge de vingt-cinq ans, ayant domicile » séparé de son père, sera censé et réputé » émancipé *à pouvoir contracter et ester en » jugement, sans autorité de père* ».

L'art. 166 de la coutume de Bourbonnais porte que « fils de famille mariés réputés sont » émancipés et majeurs...., *sinon que autrement fût convenu en faisant ledit mariage* ».

L'art. 2 de la coutume de Saintonge exige deux conditions pour que le mariage du fils de famille l'affranchisse de la Puissance paternelle : la première, qu'il soit *âgé de vingt et un ans entre nobles, et entre non nobles de vingt-cinq ans ;* la seconde, qu'il *se tienne hors de son père, et fasse son train et négociation pour lui.*

On regarde assez généralement cette dernière condition comme sous-entendue dans toutes les autres coutumes.

Nous avons là-dessus deux apostilles célèbres de Dumoulin : l'une, sur l'art. 166 de la coutume de Bourbonnais ; l'autre, sur l'art. 1er de celle de Blois. Voici les termes de la première : *Hoc intellige quandò datur eis habitatio seorsim ; secùs, si et quamdiù retinentur in domo paternâ, ut priùs, ut satis patet per hanc consuetudinem et per locum à communiter accidentibus.* La seconde est ainsi conçue : SONT FAITS A LEURS DROITS, *id est, emancipati, nisi nupserint in familiâ, id est, manentes in domo et priore administratione patris.*

Cette opinion a encore en sa faveur l'autorité de tous les magistrats et jurisconsultes que nous avons cités plus haut au sujet de la coutume de Toulouse.

Mais, osons le dire, il nous paraît qu'elle est dénuée de tout fondement, au moins dans les coutumes qui donnent expressément à l'habitation séparée l'effet d'anéantir la Puissance paternelle, puisqu'elles attribuent également cette vertu au mariage, et qu'ainsi le mariage et la séparation sont proposés par forme d'alternative, comme des conditions auxquelles est attachée la liberté du fils de famille ; ce qui amène nécessairement la conséquence, que l'un suffit à cet effet sans l'autre, conformément à la règle *in alternativis sufficit unum adimpleri.* (Loi 5, D. *de conditionibus institutionum :* chap. 70, *de regulis juris, in* 6o).

VII. C'est une question assez controversée de savoir si l'enfant de famille qui devient veuf retombe dans les liens de la Puissance paternelle dont son mariage l'avait affranchi.

Gilken (1), Tesaurus (2) et Chasseneux (3) soutiennent l'affirmative, sur le fondement de plusieurs lois romaines. Mais Wesel (4), d'Argentrée (5), Tiraqueau (6) et une foule d'autres auteurs, soutiennent la négative : ils citent à l'appui de leur sentiment, les lois 11, D. *de adoptionibus.* Ces textes sont sans contredit plus décisifs et plus applicables à l'espèce que ceux qui sont allégués par les sectateurs de l'opinion contraire ; et l'on s'en convaincra facilement par la lecture de la discussion exacte que Tiraqueau fait des uns et des autres. On ne peut donc qu'applaudir à la sanction qu'ont donnée à l'avis de ce dernier auteur, les coutumes de Bourbonnais, art. 256 ; de la Marche, art. 298 ; de Hainaut, chap. 94, art. 6 ; de Gand, rubr. 21, art. dernier ; de Ruremonde, part. 1, tit. 3, §. 1, etc.

[[VIII. L'art. 476 du Code civil, qui fait aujourd'hui la règle de toute la France sur cette matière, porte que « le mineur est » émancipé de plein droit par le mariage ».]]

§. V. *L'âge émancipe-t-il les enfans de famille ?*

I. Il est constant, dans le droit romain, que le fils de famille reste pendant toute sa vie sous la Puissance paternelle, s'il n'en est affranchi par l'émancipation judiciaire ou par l'une des causes expliquées dans les Institutes, liv. 1, tit. 12.

II. De tous les pays de droit écrit, le duché de Bourgogne est le seul où l'on ait avancé que cette jurisprudence n'a plus lieu ; et encore le magistrat qui l'a fait, paraît-il ne s'être fondé que sur la qualité de pays pro-

(1) De præscript., part. 3, cap. 30, no 39.

(2) Décis. 50.

(3) In consuetudinem Burgundiæ, rubr. 4, §. 1, verbo *en Puissance de mari.*

(4) Ad novellas constitutiones Ultrajectinas, art. 13.

(5) Ad consuetudinem Britanniæ, art. 40.

(6) De legibus connubialibus, gl. 3, verbo *et n'est plus en pouvoir de son père.*

prément coutumier qu'il donnait à cette province. Ce magistrat est l'avocat général Durand. Il dit, dans ses remarques sur les *institutions coutumières* de son aïeul, page 264, que la Puissance paternelle finit à la majorité des enfans.

« Mais (dit le président Bouhier) c'est un paradoxe qui n'avait jamais été proposé avant lui, et qui est contraire, non-seulement à notre coutume, mais encore au sentiment de tous nos auteurs, pour ne pas parler des étrangers, et entre autres du commentateur de Henrys, qui traite cette proposition d'absurde.

» A l'égard de notre coutume, elle est formelle sur ce point, en ce qu'elle adjuge au père tous les fruits des héritages de ses enfans, *jusqu'à ce qu'ils soient en âge suffisant* ET *séparés de leur père*. Ainsi, pour qu'ils entrent en jouissance de leurs biens, ce n'est pas assez qu'ils aient atteint l'âge suffisant, il faut de plus qu'ils soient émancipés; car c'est ce que signifie le mot *séparé*. Ainsi, tant qu'ils ne le sont pas, les fruits appartiennent au père; et ce qui justifie bien que c'est par droit de Puissance paternelle, c'est la différence que fait sur cela la coutume entre le père et la mère; car elle n'adjuge les fruits à cette dernière, que jusqu'à ce que les enfans aient atteint le même âge, sans y ajouter la condition de la séparation. Aussi les commissaires qui furent autrefois députés pour la réformation de notre coutume, déclarèrent-ils nettement, à cette occasion, que, *si les enfans ne sont pas séparés, toujours le père retient le droit de la Puissance paternelle.* Guillaume et Chevannes n'en ont pas parlé différemment dans leurs observations sur cette coutume; *et l'auteur* de nos institutes coutumiers, après avoir proposé divers moyens qui opèrent l'émancipation dans cette province, dit, sans hésiter, qu'il n'en est pas de même de la majorité.

» Tel a été dans tous les temps l'usage de cette province. Je me souviens d'en avoir trouvé une preuve bien authentique dans un ancien traité, passé, en 1407, entre la ville de Dijon et les religieux de l'abbaye de Saint-Étienne; car il est marqué *que les enfans demeurant avec leur père, de quelque âge qu'ils soient, lesquels auparavant n'ont point été chiefs d'hostel*, sont regardés comme fils de famille.

» Cela a été d'ailleurs jugé par arrêts rendus en divers temps. A celui de 1615, dont je viens de parler, il faut ajouter ceux de 1561, 1616, 1617, 1628 et 1701, dont j'ai fait mention au présent chapitre, comme encore le certificat de la cour, du 13 août 1677, dont j'ai parlé ci-dessus.

» J'ai vu encore sur cette question un arrêt plus récent, donné à l'audience du 14 décembre 1688, lequel déclara Sigismond Pingeon non-recevable, quoique âgé de vingt-sept ans, à demander à son père la jouissance d'une somme de 3000 livres, qui lui avait été léguée par un oncle. Je puis dire enfin que, depuis que je suis entré au palais, je n'y ai jamais vu douter de cette maxime ».

On trouvera sous le mot *Testament*, sect. 1, un arrêt du 5 août 1755, qui juge la même chose, en déclarant nul le testament d'un fils de famille marié et âgé de plus de trente-huit ans.

III. Il y a même, dans les pays vraiment coutumiers, des lois municipales qui ont adopté expressément cette jurisprudence.

Celle de Douai porte, chap. 7, art. 2, que « vivant le père, ses enfans demeurent en sa » Puissance et ne peuvent contracter sans » son consentement, *de quel âge qu'ils soient*, » tant qu'ils ne soient dûment émancipés... ».

On trouve la même disposition dans les coutumes de la gouvernance de Douai, chap. 11, art. 1; de Lille, tit. 13, art. 1; de Bergues-Saint-Winock, rubr. 17, art. 27; de Courtrai, rubr. 12, art. 9.

Il faut encore placer sur cette ligne les coutumes qui ne donnent à l'âge de vingt-cinq ans l'effet d'émanciper *ipso facto*, que lorsqu'il est joint, ou à la promotion du fils à un *état honorable*, ou à son habitation séparée d'avec son père; ce sont Cambresis, tit. 6, art. 1; Bretagne, art. 528; Bordeaux, art. 2, Saintonge, art. 2; Gorze, tit. 1, art. 27, et Saint-Mihiel, tit. 1, art. 19.

IV. Mais il s'en faut bien que toutes ces lois forment le droit commun des pays coutumiers. Coquille (1), Gudelin (2), Groenewegen (3), Christin (4), Matthieu (5), Voët (6), et tous les auteurs, soit français, soit flamands, mettent en principe, que l'âge seul de vingt-cinq ans fait cesser la Puissance paternelle; et c'est ce que décident formellement les coutumes de Berry, tit. 1, art. 3; d'Angoumois, art. 121; de Tournai, tit. 10, art. 2; de Franc de Bruges, art. 153 et 154;

(1) Sur la coutume de Nivernais, chap. 22, art. 2.
(2) *De jure novissimo, lib.* 1, *cap.* 13.
(3) *De legibus abrogatis, ad Inst., lib.* 1, *tit.* 12.
(4) Vol. 4, décis. 186.
(5) *De auctionibus, lib.* 2, *cap.* 5, *n°* 31.
(6) *Ad pandectas, lib.* 1, *tit.* 7, *n°* 7.

de Gand, d'Audenarde, d'Alost, de Bouchante, de Tenremonde, d'Asschède, de Rousselaer, d'Ecloo et de Bailleul, aux endroits déjà cités.

V. Il y a même des coutumes qui affranchissent l'enfant de famille, dès qu'il a vingt ans accomplis : ce sont Reims, Châlons, Sédan, Metz et l'évêché de Metz.

VI. Dans laquelle de toutes ces classes doit-on ranger la province de Hainaut? Faut-il, en suivant l'esprit général du droit coutumier, y attribuer à l'âge de vingt-cinq ans, l'effet d'une émancipation judiciaire; ou doit-on, conformément au droit romain, y laisser les enfans majeurs sous la Puissance paternelle, tant qu'il ne plaît pas à leur père de les émanciper?

Le président Dubois d'Hermanville, dans son *Recueil d'arrêts du parlement de Flandre*, page 257, établit, comme une maxime incontestable, que l'âge de vingt-cinq ans n'émancipe point en Hainaut, et qu'il y faut, pour affranchir un majeur de la Puissance paternelle, une émancipation revêtue des mêmes formes et des mêmes solennités que pour un mineur: il n'appuie sa proposition sur aucune autorité; il semble même, à la manière dont il l'expose, ne parler que d'après un ouï-dire; mais elle ne laisse pas d'être fondée sur les textes les plus précis.

Le chap. 10 de la coutume de Mons porte que les enfans des bourgeois de Mons ne peuvent ni *parvenir à la mise hors de pain, qu'ils n'aient vingt-cinq ans du moins, ni rien aliéner ne fourfaire de leurs biens par eux acquis, s'ils ne sont ainsi âgés et mis hors de pain que dit est.* Donc l'âge de vingt-cinq ans ne peut rien seul et sans le concours de l'émancipation judiciaire.

L'art. 1 du chap. 6 de la coutume de Chimai nous conduit, on ne peut pas plus directement, à la même conséquence. « Tous enfans » résidant sous ledit chef-lieu, *âgés de vingt-cinq ans*, désirant faire leur trafic et profit » particulier et s'affranchir des dettes de leurs » pères et mères, pourront d'eux-mêmes, si » bon leur semble, demander d'être mis hors » de pain de leursdits pères et mères, pré- » sentant à ces fins requête aux maïeur et » échevins de Chimay, lesquels trouvant leurs » raisons suffisantes, les y pourront admettre, » sinon rejeter ».

La question ne peut donc pas souffrir la moindre difficulté dans ces deux coutumes.

Celle de Valenciennes ne s'explique pas tout-à-fait aussi clairement : elle dit seulement, art. 26, que les enfans de famille ne peuvent être réputés *âgés*, à moins qu'ils ne soient *préalablement et judiciairement mis hors de subjection et de manbournie* : mais elle n'indique en aucune manière que son intention soit de comprendre les majeurs de vingt-cinq ans dans cette disposition. De là naît la question de savoir s'il faut suppléer à son silence par le droit commun de la Belgique, qui donne à la Puissance paternelle les mêmes bornes qu'à la minorité, ou par le droit romain, qui fait durer l'une au-delà du temps fixé pour l'autre.

Ce dernier parti nous semble plus conséquent que le premier, non seulement parceque le décret d'homologation de 1540 renvoie au droit écrit la décision des cas non exprimés dans les lois municipales de Valenciennes, mais encore parceque les coutumes de Mons et de Chimay, de la gouvernance de Lille et de Cambresis, qui en sont voisines, adoptent expressément à cet égard la jurisprudence des lois romaines. Les coutumes ne sont que l'expression des mœurs des différens peuples : et, comme il y a toujours une grande conformité de mœurs entre des peuples voisins les uns des autres, on ne peut mieux interpréter une coutume obscure ou peu développée, que par les dispositions claires et étendues que renferment les coutumes voisines. L'usage a d'ailleurs levé là-dessus toute espèce de doute. Rien n'est plus commun à Valenciennes, que de voir émanciper judiciairement un fils de famille qui a plus de vingt-cinq ans; ce qu'on ne ferait certainement pas, si l'on croyait que cet âge seul pût rompre les liens de la Puissance paternelle.

Quant aux autres parties du Hainaut, nous ne doutons pas qu'on ne doive y adopter la même jurisprudence;

En effet, l'art. 1 du chap. 110 des chartes générales déclare que « les enfans en pain de » père et mère, *encore qu'âgés*, ne pourront s'obliger ni contracter vaillablement »; et ce qui prouve que, dans ce texte, les mots *encore qu'âgés*, signifient la même chose que *encore que parvenus à l'âge de vingt-cinq ans*, c'est que nous trouvons dans les mêmes lois, un passage dont il résulte évidemment que la majorité ne peut pas d'elle-même affranchir un fils de famille de la Puissance paternelle; c'est l'art. 6 du chap. 11 : « Enfans » de chevalier, dès leur nativité, seront te- » nus hors de pain de leurs père et mère; » mais si aucun enfant de chevalier fait » quelque obligation étant âgé de vingt-cinq » ans, il en sera poursuivable, encore que ses

» père et mère soient vivans ». Il faut remarquer que le chapitre dont cet article fait partie, est intitulé, *des franchises des chevaliers*; c'est donc par privilége, et par une conséquence de l'état de liberté et d'émancipation dans lequel naît un enfant de chevalier, qu'il peut contracter, à l'âge de vingt-cinq ans, sans l'autorisation de son père et de sa mère. Or, il est de la nature de toute exception de confirmer la règle dans les cas non exceptés : on doit donc regarder les enfans des roturiers comme incapables de s'obliger, et conséquemment comme soumis à la Puissance paternelle, lors même qu'ils ont atteint l'âge de vingt-cinq ans sans avoir été émancipés.

Mais il y a dans les chartes générales et dans la coutume de Valenciennes une disposition qui, du premier coup d'œil, semble renverser tout ce système. On verra à l'article *Usufruit paternel*, que ces deux lois fixent à la majorité de l'enfant de famille, le terme de la jouissance qu'elles donnent au père de ses biens adventices. Ne résulte-t-il pas de là qu'elles considèrent cette époque comme celle où doit finir la Puissance paternelle?

Cette induction est spécieuse; mais nous ne la croyons pas concluante. Il est vrai que la jouissance dont il s'agit, est un effet de la Puissance paternelle; mais cet effet n'est rien moins que nécessaire, puisqu'il y a bien des coutumes qui admettent l'une et rejettent l'autre. Il ne faut donc pas toujours mesurer la durée de la Puissance paternelle sur celle de l'usufruit. Cette manière de raisonner est très-vicieuse; on en trouvera une preuve sensible dans la discussion que nous ferons au mot cité, de l'art. 14 de la coutume de Valenciennes. Si l'on veut s'en convaincre plus particulièrement encore, qu'on jette les yeux sur l'art. 527 de la coutume de Bretagne : on y verra, comme nous l'avons démontré dans le §. précédent, que l'usufruit paternel s'éteint dans cette province par le mariage du fils, sans néanmoins que, pour cela, le fils soit émancipé. On ne peut donc pas regarder la cessation de ce droit comme un signe assuré de la dissolution de la cause qui lui a donné l'être; et par conséquent on ne doit pas trouver extraordinaire que les chartes générales du Hainaut et la coutume de Valenciennes donnent aux majeurs non émancipés la jouissance de leurs biens adventices, tandis qu'elles les tiennent encore dans les liens de la Puissance paternelle.

[[VII. Aujourd'hui, la Puissance paternelle cesse dans toute la France avec la minorité. *V.* l'article *Emancipation.*]]

§. VI. *Effet de la mort naturelle par rapport à la dissolution de la Puissance paternelle.*

On a vu à l'article *Emancipation*, quels sont, sur ce point, les principes du droit commun. Nous n'avons à y ajouter qu'une observation particulière à la coutume de Montargis et à celle de Bailleul en Flandre.

Suivant la première, chap. 7, art. 3, la Puissance paternelle finit, entre roturiers, non-seulement par le décès du père à qui elle appartient, mais encore par celui de la mère qui n'y a aucune part. Voici les termes de cette loi : « Entre gens non nobles, quand » l'un des conjoints, père ou mère, va de vie » à trépas, les enfans sont à leurs droits; et » a le survivant la garde d'iceux durant la » minorité ».

La seconde renferme la même disposition, mais elle ne la limite point aux roturiers. Après avoir dit, rubr. 11, art. 1, que « les » enfans sont et demeurent en la Puissance » et correction de leurs père et mère, jusqu'à » ce qu'ils soient âgés de vingt-cinq ans », elle ajoute, art. 3, « qu'après la mort du père » ou de la mère, lorsqu'il y a des enfans mi» neurs, le père ou la mère vivant a la rete» nue ou garde de leurs susdits enfans ».

Et, suivant l'art. 1 de la rubrique suivante, lorsqu'un mineur a perdu son père ou sa mère, on doit lui donner pour tuteur un de ses parens du côté du prédécédé, afin que le survivant n'exerce pas seul le pouvoir qu'il a, en sa qualité de gardien, sur la personne et les biens de son fils.

[[*V.* ci-devant, sect. 2, n° 3.]]

§. VII. *De l'émancipation produite par la mort civile.*

Ce que nous avons dit ci-devant, sect. 2, n° 1, et à l'article *Emancipation*, suffit pour donner une idée de cette manière d'affranchir les enfans de la Puissance paternelle.

Cet affranchissement a-t-il lieu dans le cas où le père est condamné, par contumace, à une peine qui, par sa nature, emporte mort civile?

Catellan, liv. 4, chap. 8, rapporte deux arrêts du parlement de Toulouse, qui adoptent la négative. Voici comment il s'explique :

« Le nommé David, pour la validité des poursuites qu'il avait à faire contre les enfans

du sieur Malensac, condamné à mort par défaut, les fait pourvoir de tuteur.

» Appel de cette procédure par une tante de ces enfans.

» Son principal grief était que, le père de ces impubères étant vivant, il était toujours père, et par conséquent tuteur, au moins de droit naturel, qui ne peut être emporté par le droit civil d'une condamnation; qu'ainsi, on ne pouvait pas donner de tuteur à ces impubères par la règle de droit, *habenti tutorem tutor dari non potest*; que comme, selon le même droit, tandis que le père est *apud hostes*, on ne peut pas donner de tuteur à ses enfans, à cause qu'il n'a pas absolument perdu la Puissance paternelle que son retour des ennemis peut lui rendre; *si bien qu'il est regardé comme ne l'ayant jamais perdue* (loi 6, *multo*, §. *ult.* D. *de tutelis*); ainsi, durant la vie du condamné à mort par défaut, on ne devait pas non plus donner de tuteur, parceque le père n'avait qu'à se remettre pour emporter absolument la condamnation, et faire comme si elle n'avait jamais été, et, par-là, reprendre l'exercice de la Puissance paternelle, tout comme s'il l'avait eue toujours.

» On ajoutait l'arrêt général de Saint-Caprasy, qui jugea que la fille du condamné à mort par défaut, ne pouvait, sans son consentement, se marier, même de l'avis de sa mère et de ses autres parens; d'où l'on tirait une conséquence à l'égard de la tutelle.

» A quoi il était répliqué par David, qu'il y avait beaucoup de différence à faire entre celui qui avait été pris par les ennemis, combattant pour la patrie, et celui qui avait été condamné à mort pour crime; que l'un était malheureux, et l'autre présumé coupable; qu'ainsi, le condamné à mort par défaut était comparé plus naturellement et plus justement au transfuge, lequel n'a pas de droit de retour qui l'attende pour le remettre dans les avantages qu'il a perdus par sa faute (loi 18, *in omnibus*, §. 4, D. *de captivis*); que, comme chez les Romains, qui ne connaissaient point la condamnation par défaut, le condamné *ad metallà* perdait la Puissance paternelle, quoiqu'il pût être restitué par le prince, auquel cas il la recouvrait; il en fallait dire de même du condamné à mort par défaut, qui, dans la liberté qu'il avait d'emporter la condamnation en se remettant, n'était sans doute pas favorable, lorsque, n'usant pas de cette liberté, il donnait sujet de croire qu'il en était empêché par le reproche du crime et la crainte des peines qu'il avait méritées.

» Arrêt prononcé par M. le président Vignoles, qui confirme la procédure, à la charge que le nommé à la tutelle agira et administrera les biens de l'impubère en qualité de curateur, par où l'on concilie le respect dû à l'autorité paternelle, avec le besoin des enfans ».

Pour justifier ces arrêts, il faut supposer que, dans les espèces sur lesquelles ils ont été rendus, il ne s'était pas encore écoulé cinq ans depuis la condamnation par contumace. Dans ce cas, il est vrai, la Puissance paternelle ne devait pas être regardée comme éteinte, parcequ'aux termes de l'art. 29 du tit. 17 de l'ordonnance de 1670, la mort civile n'était pas encore encourue. Mais, dans la supposition contraire, le père devait être considéré comme mort civilement, et, par une conséquence invincible, comme dépouillé de toute espèce de Puissance sur ses enfans.

[[*V.* les articles *Contumace* et *Mort civile*.]]

SECTION VII. *Questions mixtes sur la Puissance paternelle, ses effets et son extinction.*

I. La Puissance paternelle est, dans l'homme, un *état* proprement dit, une *condition* véritable; ainsi, l'on ne peut douter que la loi qui l'admet ou qui la rejette, ne soit un statut personnel, et ne s'étende par conséquent hors de son territoire.

Mais en est-il de même des effets qui résultent de la Puissance paternelle, ou doit-on au contraire les regarder comme des statuts réels, et en conséquence les faire dépendre des lois de la situation des biens?

Le président Bouhier soutient indistinctement qu'ils forment des statuts personnels, par la raison que l'accessoire doit toujours suivre la nature du principal; et il cite à l'appui de son sentiment, un arrêt du 7 mai 1653, rendu à la grand'chambre du parlement de Paris.

L'espèce de cet arrêt nous est retracée, en ces termes, par Duplessis, dans sa quinzième consultation :

« Pierre Brun, domicilié en Poitou, où la coutume fait mention de la Puissance paternelle, avait été marié avec Marie d'Orbéans, qui était morte laissant des enfans, et entre autres, un puîné, nommé François Brun, âgé de dix-huit ou dix-neuf ans. Ce fils se fit émanciper de l'avis de ses parens, sans le consentement de son père, dont il se plaignait d'être maltraité; mais voyant que, faute de preuve de mauvais traitemens, il ne pouvait soutenir son émancipation, il déclara qu'il

s'en désistait, mais qu'il empêchait que son père jouit des héritages à lui appartenans, situés dans le pays Blaisois, où il y avait une terre à lui échue par le décès de sa mère, la coutume de Blois ne donnant pas de Puissance paternelle, mais une garde qui finit à quatorze ans pour les mâles, et à douze ans pour les femelles. A l'égard des biens de Poitou, il consentit que son père en jouît suivant la coutume de Poitou. Là-dessus, première sentence intervint, le 30 septembre 1650, qui donne acte de cette déclaration, et ordonne qu'on en viendra au premier jour. La cause réduite au point où cette déclaration la mettait, c'est-à-dire, de savoir si le fils pouvait jouir des biens situés dans le Blaisois, il intervint une seconde sentence, le premier octobre 1650, qui ordonna que les parties en viendraient avec le procureur du roi, et adjugea au fils une provision de deux cents livres sur les biens de Blois. Le père interjette appel; nonobstant cet appel, la cause fut portée à l'audience de la sénéchaussée de Poitiers, où il intervint, le 15 novembre 1650, sentence portant que le fils aurait délivrance par provision du bien situé dans le Blaisois, dans lequel il lui appartenait le tiers; et qu'attendu l'appel, les parties se pourvoiraient.

» Sur l'appel porté à la cour, la cause fut plaidée même sur le principal, dont l'évocation fut demandée; et par arrêt du 9 mai 1653, rendu à la chambre de l'édit, sur les conclusions de M. Talon, qui était entré récemment dans le parquet, la cour mit l'appellation et ce dont appel au néant; *émendant, évoquant le principal et faisant droit, déclara le fils non-recevable des lettres, et lui ordonna de retourner à la maison de son père* ».

Cet arrêt, comme on le voit, paraît juger que le statut de la Puissance paternelle s'étend hors de son territoire, même par rapport à ses effets pécuniaires et purement utiles.

Boullenois prétend, au contraire, dans la vingtième de ses *questions mixtes*, qu'on ne doit considérer à cet égard que la loi de la situation, parceque, dit-il, ces effets, quoique dérivant d'une cause personnelle, sont absolument réels. Il ajoute qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt célèbre du 5 septembre 1695, qui, en confirmant une sentence du châtelet, du 16 juin 1694, a donné au sieur Bence l'usufruit des biens échus à ses enfans en pays de droit écrit, quoiqu'il eût été marié à Paris, qu'il y fût domicilié, que ses enfans y fussent nés, et que sa femme y fût morte.

Duplessis soutient la même chose dans la consultation déjà citée :

« Tout Français (dit-il) a, comme tout autre homme, sur ses enfans, une Puissance que la loi de chaque pays modifiera ou étendra sur les biens qui y sont situés; et la personnalité de la Puissance paternelle aura toujours lieu dans un sens; mais la réalité des biens servira de détermination à l'exercice de la personnalité.....

» Ç'a été sans doute là-dessus que, suivant la tradition du palais, par l'avis de M. Cumont et autres conseillers au parlement, la question a été décidée par rapport aux biens de mademoiselle de Montpensier ».

Le jugement arbitral dont on parle ici, a été cité par tous les auteurs contemporains, tels que Froland, Boullenois, Bretonnier, etc. Son importance exige que nous rapportions en entier le passage dans lequel Duplessis en rend compte :

« Anne-Marie-Louise d'Orléans, duchesse de Montpensier, avait plusieurs biens à elle échus par le décès de madame, duchesse d'Orléans, sa mère, en pays de droit écrit et dans la coutume d'Auvergne; il fut résolu que, pour décider du droit qu'a le père de faire les fruits siens, à titre de la Puissance paternelle, il ne fallait pas suivre la coutume du domicile, ni du contrat de mariage de M. le duc d'Orléans, qui était celle de Paris, où il n'est rien dit de la Puissance paternelle; mais qu'il fallait suivre la loi de la situation des biens; et qu'ainsi, M. le duc d'Orléans avait un droit de jouir pendant toute sa vie de tous les biens de la souveraineté de Dombes et baronnie de Beaujolais, sis en pays de droit écrit.

» Ce droit, ainsi jugé pour toute la vie de M. le duc d'Orléans, fait voir que ce n'était pas à titre de garde-noble, qui finit bientôt par l'âge, mais à titre de Puissance paternelle, qui ne finit pas par les années dans les pays de droit écrit, que la jouissance fut adjugée sur les biens de mademoiselle de Montpensier ».

C'est ce qu'a encore jugé un arrêt du 7 septembre 1708, rapporté en ces termes, par Brillon, d'après une note de Tartain, célèbre avocat : « Par arrêt d'ordre des biens » de la maison d'Estrées, du 7 septembre » 1708, rendu au rapport de M. Chassepot » de Beaumont, pour la terre de Thémines, » située en pays de droit écrit, il a été jugé » que la Puissance paternelle était réelle, et » qu'elle devait avoir lieu sur cette terre pro» venant de la succession de dame Catherine

» de Lorjère, femme de M. le duc d'Estrées, » au profit de M. le duc d'Estrées, son mari, » ambassadeur à Rome, quoique le domicile » du mari et de la femme eût toujours été à » Paris, et que la succession y fût ouverte ».

On cite encore, en faveur de l'opinion adoptée par tous ces jugemens, un acte de notoriété du châtelet, du 13 janvier 1701, par lequel, suivant Duplessis, « ce tribunal » a autorisé l'avis qui soustrait à la Puissance » du père domicilié en pays de droit écrit, » les biens du fils situés à Paris ».

Toutes ces autorités balancent bien avantageusement l'opinion du président Bouhier : mais ne pourrait-on pas proposer un troisième avis, qui tiendrait le milieu entre les deux précédens ? Ne pourrait-on pas soutenir avec Boullenois, que l'usufruit en question, étant un droit réel, ne peut être déféré que par la loi de la situation ; mais ajouter, avec le président Bouhier, que le père ne peut en jouir qu'autant qu'il est domicilié dans une coutume qui admet la Puissance paternelle ? Développons cette idée.

Nous ne répéterons pas ici tout ce qu'on a dit contre le système du président Bouhier. Nous remarquerons seulement qu'il ne faut pas mettre le statut de la Puissance paternelle sur la même ligne que ceux de la majorité, de l'interdiction, de la prodigalité. Il est vrai qu'il est personnel comme ces trois derniers, puisqu'il détermine comme eux l'état et la condition des personnes ; mais il ne peut s'étendre au-delà de son territoire que dans ses effets personnels, et jamais dans ses effets purement pécuniaires ; au lieu que les trois autres exercent leur empire jusque sur les biens situés hors de leur territoire.

On sent la raison de cette différence, en lisant ce qu'a écrit Rodemburg dans le deuxième chapitre de la dissertation qu'il a mise à la tête de son Traité *de jure conjugum*.

Cet auteur distingue les statuts pour l'exécution desquels le ministère de l'homme est nécessaire, d'avec ceux qui règlent ce que l'homme peut ou ne peut pas faire.

A l'égard des premiers, il observe qu'on n'en doit considérer que le matériel, c'est-à-dire, qu'il faut uniquement s'arrêter à la nature de la chose comprise dans la disposition ; en sorte que, si le statut ne dispose que de l'état de la personne, sans parler de ce qu'il peut ou ne peut pas faire, on doit le mettre au rang des lois personnelles ; et que, s'il ne tombe que sur des biens, on doit le juger réel.

Quant aux seconds, Rodemburg établit une différence entre le cas où la loi qui permet ou qui défend quelque acte de la société civile, détermine l'état de la personne, et celui où elle ne le détermine point. Dans le premier cas, il décide que le statut est indistinctement personnel ; et, dans le second, qu'il est personnel ou réel, suivant la qualité de son objet.

Ces principes amènent trois conséquences qui renferment la solution précise et absolue de toutes les difficultés dont notre question paraît hérissée au premier coup d'œil.

1° La loi qui soumet un fils à la Puissance de son père, n'a pas besoin du ministère de l'homme pour son exécution : elle est donc personnelle par la nature de son objet.

2° La loi qui déclare un fils de famille *incapable* d'aliéner ses immeubles sans l'*autorité* de son père, est personnelle, quoique son objet soit réel ; parcequ'elle détermine l'état de la personne par rapport à ce qu'elle peut ou ne peut pas faire.

3° La loi qui donne à un père l'usufruit des biens de son fils, doit être réelle, parceque son objet est réel, et qu'elle ne règle rien concernant la capacité ou l'incapacité du fils de famille de faire quelque chose.

On demandera sans doute pourquoi il ne faut considérer que la chose comprise dans la disposition d'un statut qui agit sans le ministère de l'homme, tandis qu'on ne la considère pas toujours à l'égard d'un statut qui règle ce que l'homme peut ou ne peut pas faire : ou ce qui revient au même, on demandera pourquoi on étend aux biens situés hors de son territoire, le statut qui, en déterminant l'état d'une personne, en fait résulter la capacité ou l'incapacité de faire quelque chose, et pourquoi il en est autrement d'un statut qui détermine l'état d'une personne, sans lui imprimer ni capacité ni incapacité.

La raison de cette différence est facile à saisir. Les statuts sont par eux-mêmes renfermés dans les bornes de leur territoire : *Extrà territorium jus dicendi impunè non paretur*, dit la loi dernière, D. *de jurisdictione*. Cette règle est générale, et ne comprend pas moins les statuts personnels que les statuts réels : mais toutes les nations semblent s'être accordées entre elles à donner plus d'étendue aux premiers. Les inconvéniens qui résulteraient des changemens qu'un homme éprouverait dans son état, toutes les fois qu'il serait obligé de passer d'un lieu à l'autre, ont fait admettre partout que la loi du domicile réglerait seule l'état des per-

sonnes, en quelque endroit qu'elles se transportassent.

On a été plus loin encore : on a considéré que l'état d'un homme influe nécessairement sur sa fortune; que c'est de l'état que dépend la capacité ou l'incapacité de faire les actes relatifs aux biens; et l'on a senti que les mêmes inconvéniens obligeaient les différentes coutumes de déférer les unes aux autres par rapport à la capacité et à l'incapacité qui est la suite de l'état. C'est ainsi qu'un homme capable par état, dans son domicile, de faire, relativement à ses biens, quelque acte de la société civile, a été regardé comme tel en quelque lieu que ses biens fussent situés; et que, par exemple, on s'est accordé à dire qu'un prodigue interdit par le juge de son domicile, ne pourrait pas aliéner ses biens, quoique situés hors du territoire de ce juge, parcequ'il serait ridicule de voir le même homme flétri dans son domicile comme un dissipateur, et honoré ailleurs comme un bon père de famille.

Lors donc qu'on a donné aux statuts personnels, qui règlent ce que l'homme peut ou ne peut pas faire en conséquence de son état, un empire précaire sur les biens situés hors de leur territoire, on n'a cherché qu'à éviter une confusion qui aurait troublé l'ordre public et dérangé le commerce.

Et de là suit tout naturellement la conséquence que cette extension du pouvoir des lois domiciliaires, ne doit être admise que dans les cas où les inconvéniens qui en ont été les motifs, peuvent avoir lieu : où la cause manque, il ne doit pas y avoir d'effet.

Or, que trouvons-nous dans la Puissance paternelle? Trois choses.

Premièrement, elle détermine l'état des enfans; et à cet égard, elle forme un statut personnel qui suit les enfans partout. Ainsi, une mère domiciliée en Hainaut, conserve sous sa Puissance les enfans qu'elle a eus dans cette province, lors même que le hasard ou certaines circonstances les ont fait passer dans une autre coutume qui n'accorde pas les mêmes droits aux femmes qu'aux hommes sur la personne de leurs enfans.

En second lieu, la Puissance paternelle imprime dans les enfans qui y sont assujétis, une incapacité de faire certains actes : comme cette incapacité est la suite de leur état, elle les suit également partout et influe sur tous leurs biens, quelle qu'en soit la situation. Ainsi, un fils de famille né dans une coutume où il ne peut pas contracter sans l'autorité de son père, ne peut vendre de lui-même les biens qu'il possède dans une autre coutume qui n'admet pas la Puissance paternelle; et réciproquement un fils de famille domicilié dans une coutume qui n'admet pas la Puissance paternelle, peut, sans l'autorisation de son père, aliéner les biens qu'il possède dans les pays de droit écrit. Par la même raison, un fils né à Senlis, où la coutume proscrit formellement toute Puissance paternelle quoique nourri et entretenu par son père, peut acquérir pour lui-même en Hainaut et dans les pays de droit écrit. Et réciproquement, un fils de famille né en Hainaut ou dans un pays de droit écrit, ne peut s'approprier les biens qu'il acquiert dans la coutume de Senlis, lorsque ses acquisitions ne réunissent pas toutes les circonstances requises pour qu'elle tombent dans le pécule castrense, quasi-castrense ou adventice.

Troisièmement, la Puissance paternelle donne au père, dans les pays de droit écrit et dans quelques coutumes, la jouissance des biens de ses enfans. Cette jouissance est, à la vérité, un accessoire de la Puissance paternelle; mais elle ne forme dans les enfans ni capacité ni incapacité : le statut qui la défère, n'a pas besoin, pour son exécution, du ministère de l'homme; il agit seul; l'homme n'a rien à faire. On ne peut donc pas appliquer ici les raisons qui ont déterminé l'espèce de concordat tacite dont nous avons parlé. Quel inconvénient y a-t-il à restreindre cette jouissance au territoire des lois ou coutumes qui l'accordent? Quoi! parcequ'un père jouira des biens que ses enfans ont dans une province, et qu'il ne jouira pas de ceux qu'ils ont dans une autre, l'ordre public serait troublé, le commerce serait dérangé! Non. Il n'y a pas en cela plus de trouble ni plus de confusion, qu'à succéder à un défunt dans une coutume, et de ne pas lui succéder dans une autre.

Il est donc constant que le système du président Bouhier ne peut pas se soutenir, et que le statut qui donne à un père l'usufruit des biens des enfans qu'il a sous sa Puissance, n'est pas personnel. Mais est-il purement réel, comme le prétend Boullenois, ou bien est-il personnel-réel, c'est-à-dire, faut-il, pour qu'il produise son effet, que le père soit domicilié dans une coutume qui admet la Puissance paternelle? C'est la difficulté qui nous reste à résoudre.

Le principal peut subsister sans les accessoires : mais les accessoires ne peuvent jamais subsister sans le principal. Ce principe est aussi clair qu'indubitable, et il nous conduit droit à la décision de notre question.

Ainsi, la Puissance paternelle peut avoir lieu sans l'usufruit dont nous parlons ici. La

coutume de Douai nous en fournit un exemple, puisqu'elle admet l'une, chap. 7, art. 2, et qu'elle exclud l'autre par son silence; comme l'a décidé le parlement de Flandre, par un arrêt du 27 janvier 1739, rendu au rapport de M. de Casteele de La Briarde, en faveur du marquis de Sin, contre les sieurs et demoiselles d'Aoust.

Mais l'usufruit ne peut avoir lieu sans la Puissance paternelle, dont il n'est que l'accessoire. Un père ne peut donc en jouir, s'il n'a ses enfans sous sa Puissance, et par conséquent s'il n'est domicilié dans une coutume qui admet la Puissance paternelle. Un père qui émanciperait son fils au moment même de sa naissance, n'aurait certainement aucun droit à l'usufruit des biens que cet enfant acquerrait ensuite, soit dans la coutume du domicile qu'il avait alors, soit dans toute autre province. Or, ce que ce père est supposé faire, la loi le fait elle-même dans les coutumes qui n'admettent pas la Puissance paternelle; elle émancipe cet enfant dès qu'il voit le jour, et conséquemment elle soustrait les biens qu'il aura dans la suite, à l'usufruit que son père en aurait eu sans cette émancipation.

J'ose le dire, ce raisonnement me paraît invincible; Boullenois lui-même l'a pressenti, et l'a regardé comme tel. Quoique très-attaché à son opinion, il avoue dans son *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 2, page 47, qu'on ne peut la soutenir qu'en disant que les effets réels de la Puissance paternelle sont réglés parmi nous à l'instar de la garde, et qu'ils ne sont dus qu'à raison de la paternité.

Mais cette raison est bien faible. Je ne dirai point, pour la réfuter, que la garde elle-même n'est déférée que par le concours de la loi du domicile et de celle de la situation: cette opinion a été, à la vérité, soutenue par Pocquet de Livonières, dans ses *Règles du droit français*, et par Pothier, dans ses *Œuvres posthumes*; mais elle me paraît trop susceptible de contradiction, pour que je m'en fasse un moyen de réponse à l'assertion de Boullenois.

Je dirai donc que l'usufruit dont il s'agit ici, n'est point dû à raison de la seule paternité, puisque la qualité de père ne donne le droit d'y prétendre que quand elle est jointe à la Puissance paternelle. Tel est le langage formel des lois romaines; tel est l'esprit de toutes les coutumes où cette Puissance est admise; ce qui est si vrai, qu'elles décident unanimement que les biens advenus aux enfans après leur émancipation, ne sont pas sujets à cet usufruit.

Répondons maintenant aux autorités dont le président Bouhier et ses adversaires s'appuient chacun leur sentiment.

D'abord, il est certain que l'arrêt du 7 mai 1653 n'a nullement adopté le système de la personnalité des lois qui déterminent les effets utiles de la Puissance paternelle. Il ne faut, pour s'en convaincre, que faire attention à son dispositif. Il déclare François Brun *non-recevable en ses lettres* d'émancipation; « il ne fait donc (comme le remarque Du» plessis) qu'omettre de prononcer sur la » jouissance des biens du Blaisois, et ne pro» nonce expressément que sur la validité et » l'invalidité de l'émancipation ».

Il y a plus: le chap. 1 de la novelle 118 ne donne aux enfans de famille l'administration de leurs biens soustraits à la Puissance paternelle, qu'après qu'ils ont atteint l'âge de vingt-cinq ans. François Brun n'avait que dix-neuf ans lorsqu'il s'est pourvu contre son père; il ne pouvait donc pas administrer lui-même ses propriétés du Blaisois; il n'avait droit d'en jouir que par l'entremise d'un curateur; et par conséquent la sentence du sénéchal de Poitiers, qui lui en avait accordé personnellement la jouissance, tombait d'elle-même. C'est ce que la novelle citée met dans le plus grand jour: *Res autem relictas*, porte-t-elle, *sive donatas positis sub Potestate personis, si quidem perfectæ sint ætatis, licet sub Potestate sint, licentiam habeant quo voluerint modo* ADMINISTRARE (1); *si verò ætate minores sint, per quem prospexerit testator aut donator.* Lorsque le défunt ou le donateur de qui l'enfant de famille mineur tient les biens dont il s'agit, ne lui a pas nommé un curateur pour les administrer en son nom, l'enfant ne peut pas commencer par en demander lui-même la jouissance et l'administration; il peut seulement se faire nommer par le juge un curateur qui prendra l'une et l'autre en mains, et poursuivra tous les jugemens nécessaires: *Jubemus*, dit encore Justinien, dans la novelle 118, *judicem competentem curatorem fide dignum cùm legitimâ fidejussione rebus talibus ordinare, qui debeat relictam talibus personis substantiam gubernare atque custodire, donec ille ad perfectam, sicut dictum est, ætatem perveniat.* Qu'avait fait François Brun? Il avait demandé la jouissance actuelle de ses biens

(1) Nous substituons ici le mot *administrare* au mot *disponere*, qui se trouve dans la version commune des novelles. On a vu, plus haut, sect. 3, §. 4, la raison de cette correction.

par lui-même et sans l'aide d'un curateur; son père n'avait cependant jamais donné prise au moindre soupçon dans sa conduite; et conséquemment c'était à lui que devait naturellement appartenir l'administration de ces biens. Ainsi, deux raisons concouraient à faire déclarer le fils non-recevable : la première, qu'il ne pouvait régir lui-même les immeubles qu'il possédait dans le Blaisois; la seconde, que son père en étant l'administrateur né, on n'eût pu en nommer un autre que dans le cas où il eût mérité d'être destitué.

L'arrêt de 1695, le jugement arbitral de Montpensier, et l'arrêt de 1708, ne favorisent pas plus la pure réalité du statut en question, que l'arrêt de 1653 n'en établit la personnalité absolue. D'abord, on peut dire que les deux premiers n'ont rien jugé : l'un a été passé entre les parties plaidantes, et l'autre n'est, à proprement parler, qu'une transaction. En second lieu, loin de contrarier notre opinion, ils ne font, ainsi que le troisième, qu'ajouter une force nouvelle aux raisons sur lesquelles elle est fondée. En effet, qu'a-t-il été décidé dans ces trois circonstances? qu'un père domicilié à Paris, doit avoir l'usufruit des biens de ses enfans situés en pays de droit écrit. Sans doute, si la coutume de Paris était entièrement exclusive de la Puissance paternelle, une pareille décision ne pourrait pas s'accorder avec nos principes : mais on l'a vu plus haut, sect. 1, il n'y a aucune disposition dans cette coutume qui tende à l'anéantissement de la Puissance paternelle; tout ce qu'on saurait en dire de plus exact, c'est que les effets de ce droit y sont considérablement modifiés. Or, il suffit que le droit même y existe d'une manière quelconque, pour qu'il produise sur les biens situés au-dehors, les effets utiles que les lois de chaque territoire en font dériver, ce qui est parfaitement conforme à tout ce que nous avons établi.

A l'égard de l'acte de notoriété du Châtelet, du 13 janvier 1701, tout ce qui en résulte, c'est qu'un père domicilié en pays de droit écrit, n'a pas l'usufruit des biens que ses enfans possèdent à Paris : cela prouve bien que le statut qui défère l'usufruit à un père, n'est pas purement personnel; mais on ne peut pas en conclure qu'il soit purement réel.

II. Mais voici une autre question. Un père est domicilié au moment de la naissance de ses enfans, dans la coutume de Senlis, qui rejette expressément la Puissance paternelle; une mère est au même instant domiciliée dans un pays de droit écrit, où elle n'a, de droit, aucune part à cette autorité. L'un va s'établir, soit en Bourgogne, soit en Languedoc, soit en Provence, soit en toute autre province semblable; l'autre transporte son domicile à Valenciennes, à Mons, à Liége, à Gorze, à Bergues-Saint-Winock, en un mot dans un des pays où la mère, devenue veuve, jouit de la Puissance paternelle. Le changement de demeure en apporte-t-il un dans l'état de leurs enfans, et ceux-ci, d'émancipés qu'ils étaient en naissant, deviennent-ils par-là fils de famille?

Un principe bien simple doit résoudre cette question : c'est qu'un enfant qui est une fois libre, ne peut plus être assujéti malgré lui à la Puissance paternelle. L'empereur Justinien le décide ainsi dans le chap. 11 de sa novelle 89. Comme il ne dépend pas d'un père, dit-il, d'émanciper de son propre mouvement un fils qu'il a sous sa Puissance, et qu'il faut nécessairement que le fils y consente; de même on ne doit pas non plus lui accorder le droit de réduire sous sa Puissance le fils qui en est exempt, lorsque celui-ci prétend demeurer libre : *Nam si solvere jus patriæ Potestatis, invitis filiis, non permissum est patribus, multò magis sub potestatem redigere invitum filium et nolentem justum non est.* Justinien ne parle de la sorte que relativement aux bâtards, et pour établir que le mariage subséquent de leur père et de leur mère ne peut pas les légitimer malgré eux; mais son principe n'en est pas moins général, ni par conséquent moins applicable à notre espèce; et il en résulte très-clairement que le changement de domicile du père ou de la mère ne peut pas soumettre les enfans à un joug dont la loi les avait affranchis en naissant.

C'est ce que prouve encore la loi dernière, D. *de his qui sui vel alieni juris sunt*, en déclarant que ceux qui ont été une fois émancipés, ne peuvent être contraints de retourner sous la Puissance paternelle. Car, qu'on soit émancipé par la loi au moment même où l'on reçoit la vie, ou qu'on le soit dans la suite, par la volonté expresse ou tacite de l'homme, la chose est bien égale quant à l'effet. Aussi trouvons-nous, dans un recueil manuscrit de décisions du conseil souverain de Mons, un arrêt du 20 janvier 1695, qui a jugé qu'un enfant né en Artois, n'avait pas perdu sa liberté, et n'était pas tombé en Puissance, par la translation que son père avait faite de son domicile en Hainaut.

III. Cette décision en amène une autre. Un enfant naît à Bourges, où la Puissance paternelle ne dure que jusqu'à l'âge de vingt-

cinq ans; son père, qui y était domicilié, va s'établir à Toulouse, où cette Puissance étend son empire jusque sur les majeurs. Quel sera l'effet de ce changement de domicile; et laquelle des deux lois faudra-t-il consulter sur la durée de la Puissance paternelle?

Il n'y a point de difficulté dans le cas où le fils avait atteint l'âge de vingt-cinq ans, avant le changement de domicile : la loi qui régissait alors sa personne, l'avait émancipé de plein droit; le lien de la Puissance paternelle était rompu, et il n'a pas été au pouvoir du père de le renouer, en changeant de demeure, parceque tout était consommé à cet égard.

Mais la question est plus difficile, lorsque le fils est encore mineur, au moment de la translation de domicile.

Boullenois, dans son *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 2, page 33, et Rousseaud de Lacombe, aux mots *Puissance paternelle*, estiment que, dans ce cas même, la loi du domicile qu'avait le père au moment de la naissance de l'enfant, est la seule qu'il faut consulter.

Le premier en donne deux raisons :

« La Puissance paternelle (dit-il) est fondée dans la nature; elle naît avec la paternité; et il semble que ce soit la loi de la naissance qui en doive fixer les droits, et que ces droits doivent être immuables et indépendans de tout changement de domicile... D'Argentrée dit que la Puissance paternelle est une chose inestimable, *res inæstimabilis;* et serait-il possible qu'un droit si précieux fût aussi fragible, et fût exposé à toutes les vicissitudes que le hasard des différens domiciles pourrait faire naître?...

» Nous trouvons dans les lois et dans nos coutumes, les différentes manières dont les enfans peuvent sortir de la Puissance paternelle : c'est, ou par l'émancipation, ou par le mariage, ou par une demeure séparée, contre laquelle le père n'a point protesté; c'est l'épiscopat, quant aux dignités ecclésiastiques; ce sont les grandes dignités du royaume, quant aux dignités laïques; mais nous ne voyons pas que le changement de domicile du père soit marqué en aucun endroit *tanquàm modus tollendæ patriæ Potestatis* ».

De ces deux raisons de Boullenois, la seconde est évidemment insignifiante. Pourquoi les coutumes sont-elles muettes sur la question de savoir si le changement de domicile émancipe ou non? C'est uniquement parcequ'elles supposent que les enfans nés dans leur ressort, n'en sortent pas; les rédacteurs n'ont pas prévu les cas qui donnent lieu aux questions mixtes; et, quand ils les auraient prévus, il leur eût été impossible de les décider uniformément; car tel statut, que les uns auraient regardé comme personnel, aurait été considéré par d'autres comme réel.

L'autre raison de Boullenois est plus concluante. Un enfant naît à Bourges; dès ce moment, la loi donne à son père, sur sa personne, des droits qui doivent durer vingt-cinq ans, mais pas un instant de plus : le père, n'ayant acquis ces droits que sous cette réserve, ne peut pas diviser la disposition de la coutume; il ne peut pas accepter le bienfait, et rejeter la modification apportée à sa durée. D'un autre côté, la coutume, en assujétissant l'enfant à la Puissance paternelle, lui a donné l'espérance et le droit d'en sortir, lorsqu'il aurait atteint l'âge de vingt-cinq ans; on ne peut donc pas, sans injustice, lui ravir cette espérance, ni lui ôter ce droit : *Quod nostrum est, sine facto nostro nobis auferri non potest.* C'est cependant ce qui arriverait, si le père, en changeant de domicile, et allant s'établir à Toulouse, acquérait sur la personne de son fils une puissance dont la durée dépendit absolument de sa volonté.

Cette raison, tirée de l'injustice que commettrait le père, si par son changement de domicile, il rendait perpétuels les droits que la coutume de la naissance de son fils ne lui avait donnés que pour un temps; cette raison ne pourrait pas s'appliquer au cas contraire, c'est-à-dire, à l'hypothèse d'un père, qui, après avoir eu un enfant à Toulouse, irait s'établir à Bourges, parcequ'alors, si l'on réglait la Puissance paternelle par la loi du domicile actuel, le père ne pourrait qu'y perdre. Je crois néanmoins que, dans ce cas comme dans l'autre, c'est toujours la loi du lieu de la naissance qui doit décider.

En effet, il en est de la loi comme de l'homme : elle peut, comme lui, imprimer à ce qu'elle donne telle condition qu'il lui plaît. C'est la loi de la naissance qui donne la Puissance paternelle, c'est à elle par conséquent à en régler l'exercice et à en fixer la durée. Si elle ne veut pas que cette Puissance s'éteigne par le seul âge de vingt-cinq ans, quelque changement que le père fasse dans son domicile, cette loi le suivra toujours partout; elle réclamera toujours son empire sur le bienfait qu'elle lui a accordé, et ce sera à elle qu'appartiendra toujours le droit de régler la manière dont le fils pourra sortir des liens dans lesquels elle l'a enchaîné en naissant. C'est la conséquence de ce principe si célèbre, *nihil tam naturale est quàm eo ge-*

nere quidquid dissolvere quo colligatum est. (Loi 35, D. *de regulis juris.*)

« Mais (dit Boullenois) qu'il me soit permis de proposer une grande difficulté contre cette décision. Je suppose un père qui, pendant son mariage, a changé de plusieurs domiciles, dont les uns admettent la Puissance paternelle, et les autres la rejettent. Or, en se déterminant par les lois de la naissance des enfans, un père demeurant en pays de Puissance, et à qui il sera né un fils, l'aura sous sa Puissance. Il va demeurer en pays où la Puissance n'a pas lieu, et y a un fils; ce fils ne sera point sous la Puissance paternelle. Ainsi, de plusieurs enfans de même père, les uns seront sous sa Puissance, et les autres n'y seront pas.

» Quel affreux mélange et que d'embarras! Il faudra, quand on voudra contracter ou assigner quelqu'un en justice, lui demander son extrait baptistaire, pour savoir où il est né; il faudra étudier les coutumes des différens domiciles de ces enfans. Eh! quelle malheureuse bigarrure entre les enfans d'un même père »!

Voilà des inconvéniens graves; mais où ne s'en trouve-t-il pas? Y remédiera-t-on, en se fixant à la loi du domicile matrimonial? « Non » (répond Boullenois lui-même) : il faudra » encore qu'un homme soit toujours porteur » de l'extrait de mariage de son père, pour » savoir quel domicile il avait, et pour pou- » voir décider ensuite de l'état et de la con- » dition de ses enfans ».

Serait-on plus heureux en s'attachant à chaque domicile actuel du père? Non encore : l'état des enfans serait dans une vacillation perpétuelle; capables aujourd'hui, demain incapables; aujourd'hui émancipés, demain soumis à la Puissance paternelle. Cette incertitude dans une qualité qui, par sa nature, doit être permanente, puisqu'elle fait en quelque sorte partie de la personne, ne serait-elle pas aussi ridicule qu'embarrassante?

Pour faire cesser toutes ces difficultés, il faudrait une loi uniforme, non-seulement dans toute la France, mais dans l'univers entier : car l'établissement d'un étranger en France, ou d'un Français hors du territoire français, le ferait toujours renaître.

Quoi qu'il en soit, les raisons tirées des vrais principes, doivent sans contredit l'emporter sur des inconvéniens qui ne se rencontrent pas toujours, et principalement sur ceux dont il s'agit ici, parceque c'est à celui qui contracte avec un mineur, à s'informer de son état et de sa capacité : *Qui cùm alio contrahit, vel est vel esse debet non ignarus conditionis ejus.* (Loi 19, D. *de regulis juris.*)

Enfin, il y a sur cette matière une affinité intime entre la qualité de fils de famille ou d'émancipé, et celle de mineur ou de majeur; et la question ne peut être décidée à l'égard de l'une, autrement qu'à l'égard de l'autre. Or, il y a sur celle-ci, une autorité bien respectable, qui confirme tous nos principes. Ecoutons Cuvelier, dans son Recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, §. 212 :

« La minorité des personnes dure diversement par les coutumes. Dans quelques pays, elle s'étend jusqu'à vingt ou vingt et un ans; en d'autres jusqu'à vingt-cinq ans. A raison de quoi, a été douté si l'on devait regarder la coutume du lieu de la situation de la chose aliénée, ou de la naissance de l'aliénateur, ou du lieu où il était domicilié.

» MM. du conseil d'Artois ont consulté, à cet égard, MM. du conseil privé (de Bruxelles); et il a été résolu de suivre la coutume du lieu de la naissance ».

Ce magistrat ne date point cette décision; mais on voit dans le *registre aux mémoriaux* du conseil d'Artois, page 203, qu'elle est du 11 février 1621, et qu'elle a été envoyée à ce tribunal pour y faire loi à l'avenir.

[[Mais *V.* les articles *Autorisation maritale*, sect. 10, n° 4, et *Majorité*, §. 4.]]

IV. D'après tous ces détails, il ne sera pas difficile de répondre à une question intéressante. Un père à qui il est né plusieurs enfans, tandis qu'il était domicilié à Douai, quitte cette ville et va s'établir en Hainaut; quels droits aura-t-il sur les biens que ses enfans ont dans cette province?

J'ai dit que la coutume de Douai admet la Puissance paternelle, mais qu'elle n'en fait résulter aucune espèce d'usufruit en faveur du père.

Cela posé, il est clair qu'un père domicilié à Douai, peut demander l'usufruit des immeubles que ses enfans possèdent dans le Hainaut; mais qu'il n'a pas celui de leurs meubles, parcequ'ils sont régis par la coutume de Douai.

Ainsi, le changement de domicile ne peut laisser aucun doute sur la question proposée, que par rapport aux meubles; car les immeubles étant toujours régis par les lois hennuyères, le père y a les mêmes droits, en demeurant à Douai, qu'en allant s'établir en Hainaut.

Mais le changement que fait le père dans son domicile, peut en apporter un grand

dans les meubles, en les soustrayant à l'empire de la coutume de Douai, pour les soumettre à la coutume du Hainaut.

Comme la coutume de Douai, n'affranchit même les majeurs de la Puissance paternelle, que lorsqu'ils sont émancipés judiciairement, il faut distinguer, dans notre espèce, si les enfans du père qui transporte son domicile de Douai en Hainaut, sont majeurs ou mineurs.

S'ils sont majeurs, et que le père se fixe, soit dans le chef-lieu de la cour, soit dans celui de Valenciennes, où la majorité fait cesser de plein droit l'usufruit paternel, il est clair qu'il n'aura aucun droit à la jouissance de leurs meubles.

Mais si le père se fixe dans le chef-lieu de Mons, où l'âge de vingt-cinq ans ne peut pas seul et sans le concours de l'émancipation judiciaire, mettre fin à cet usufruit, il faut distinguer si les enfans consentent ou non à le suivre dans son nouveau domicile.

S'ils y consentent, il est sensible que le père, en arrivant dans le chef-lieu de Mons, pourra, conformément au chap. 36 de la coutume, faire inventorier et priser leurs meubles, et s'en faire adjuger la jouissance sous caution, jusqu'à ce qu'il les ait émancipés, ou jusqu'à ce qu'ils soient mariés ou pourvus d'un état honorable.

S'ils ne veulent pas le suivre dans son nouveau domicile, ils en sont les maîtres : un fils de famille peut, à l'âge de vingt-cinq ans, se choisir un domicile séparé de celui de son père, C'est ce que décident nettement les lois 3, 4, 6, §. 1, et 17, §. 11, D. *ad Municipalem.*

Par la même raison, ils doivent, en suivant leur père dans son nouveau domicile, protester de se réserver la jouissance de leurs meubles; et, par-là, ils empêcheront leur père de se l'approprier, suivant la règle *protestatio servat jus protestantis.*

Si les enfans sont mineurs, il est certain qu'ils suivent le père dans son nouveau domicile, parcequ'il est de principe qu'un mineur ne peut avoir d'autre domicile que celui de son père ou de son tuteur. D'après cela, il semblerait que, dans notre espèce, le père aurait droit indistinctement à l'usufruit des meubles qu'ils possédaient à l'époque du changement de domicile, et de ceux qu'ils peuvent acquérir postérieurement. Je crois cependant qu'il faut mettre une grande différence entre les uns et les autres.

Le principe d'où il faut partir, est que toute translation de domicile dans laquelle il y a quelque présomption de fraude de la part du père, ne peut nuire, ni aux enfans qu'il a sous sa Puissance, ni même à leurs héritiers.

Rodemburg (*de jure quod oritur à statutorum diversitate, part. 2, tit. 2, cap. 1 et 2*) et Voët (sur le Digeste, liv. 5, tit. 1, n° 12) proposent cette espèce : Un père veuf quitte la Hollande, pour aller demeurer à Utrecht, avec un enfant que sa femme lui a laissé : cet enfant meurt; ses parens maternels réclament sa succession, en vertu de la coutume de Hollande; le père veut la retenir en vertu de celle d'Utrecht. Toute la difficulté consiste à déterminer le domicile qu'avait le fils au moment de sa mort. Rodemburg et Voët distinguent si, dans le temps du changement de domicile, le fils était moribond ou valétudinaire, ou s'il jouissait d'une santé qui n'annonçât pas une mort précoce. Dans le premier cas, ils adjugent la succession aux parens maternels; et dans le second, au père.

En appliquant ici les principes de cette décision, je dis 1° qu'un père qui a transporté son domicile de Douai dans le chef-lieu de Mons, ne peut pas demander l'usufruit des meubles qui étaient échus à son fils mineur avant cette translation, parcequ'on peut raisonnablement le soupçonner de ne l'avoir faite que pour se procurer cet usufruit. On ne peut pas dire la même chose à l'égard d'un enfant majeur, parcequ'il est le maître de rester à Douai, ou s'il veut suivre son père, de stipuler que c'est sans préjudice à ses droits. Dès qu'il ne le fait pas, il est censé consentir à ce que ses meubles soient compris dans l'usufruit que la coutume du chef-lieu de Mons donne au père sur les biens de ses enfans, jusqu'à ce qu'ils soient émancipés.

Je dis 2° que, dans l'espèce proposée, le père jouira des meubles échus, donnés ou légués à ses enfans depuis la translation de domicile, pourvu que, dans le temps où il l'a faite, il n'y eût pas lieu de soupçonner l'échéance prochaine de ces meubles; ce qui dépend des circonstances et de la prudence du juge.

Mettons, dans cette espèce, une mère à la place d'un père, et supposons qu'elle soit veuve. Dans la coutume de Douai, une mère veuve n'a pas ses enfans sous sa Puissance; elle n'est que leur tutrice légitime. Ainsi, en supposant ce que j'ai prouvé ci-dessus, que la Puissance paternelle dépend uniquement de la loi de la naissance des enfans, il faut dire que cette femme qui transporte son domicile de Douai en Hainaut, n'acquérant point par-là, sur ses enfans, la Puissance que les lois de cette province donnent aux mères, ne peut,

sous aucun prétexte, demander l'usufruit des meubles ni des immeubles de ses enfans.

[[Mais *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, art. 8]].

V. Il peut s'élever fréquemment des questions mixtes sur l'émancipation.

Boullenois, *dans son traité des statuts réels et personnels*, tome 2, page. 48, les traite et les décide en peu de mots. Voici de quelle manière il s'explique :

« En suivant le fil de mes principes, je dis, quant à l'émancipation en elle-même, que, puisque le mineur, en ce qui regarde son état de mineur, est dépendant de la loi du domicile au jour de sa naissance (1) ; c'est cette loi qui doit disposer de son émancipation légale ; et, quant à l'émancipation qui dépend et de la loi et de la volonté du père en conséquence de la loi, je voudrais encore que l'on consultât la loi de la naissance, parceque la majorité ou la minorité dépendant de cette loi, c'est elle qui doit décider si le fils est en état d'être émancipé : et il faut y recourir, pour connaître si la volonté du père est conforme à la loi, et si la loi n'exige pas quelques conditions et dispositions personnelles dans le fils.

» Mais, quant à la forme de l'émancipation, si ce droit d'émancipation dépend en partie de la volonté du père, et qu'il n'y a rien dans la personne du fils qui l'empêche, j'estimerais qu'il suffirait de remplir les formalités du lieu où se fait l'émancipation provoquée par le père. J'irais même jusqu'à dire que, quand la loi de la naissance exigerait une certaine forme particulière, le père n'y serait astreint qu'autant que l'émancipation se ferait dans ce lieu, mais que d'ailleurs il pourrait partout faire cette émancipation, et observer une autre forme, pourvu que l'acte fut revêtu des formalités authentiques ».

VI. Supposons qu'un enfant né dans un pays où le mariage n'émancipe pas, se marie et s'établisse, du consentement de son père, dans un pays où le mariage émancipe : son état sera-t-il réglé par la loi du domicile matrimonial ou par celle du lieu de sa naissance ?

Il y a dans le *Traité des prescriptions* de Dunod, un arrêt du parlement de Besançon qui paraît avoir embrassé ce dernier parti.

« Il a été jugé (dit cet auteur), le 24 du mois de mars 1721, qu'une fille de famille de Besançon, mariée au comté de Bourgogne (1) avec cette clause dans son contrat, qu'elle se mariait suivant les usages et coutumes de Besançon, était restée sous l'autorité de son père.

» Cet arrêt peut souffrir difficulté dans l'hypothèse ; car, quoique la coutume de la province qui émancipe les filles qui se marient, ne soit pas prohibitive et qu'on puisse y déroger, c'est donner beaucoup d'effet à une clause vague et générale, telle qu'était celle qu'on vient de rapporter, et qui était plutôt apposée pour les conjoints entre eux, que par rapport à leurs parens, que de la faire déroger à une disposition expresse de la coutume de la province qui devait régler l'état des parties, parceque c'était la loi du domicile du mari, ».

Je crois, comme Dunod, que l'arrêt dont il parle, n'a pas dû être motivé par la clause du contrat de mariage qui référait les droits des époux entre eux à la coutume de Besançon. Mais, s'ensuit-il de là que l'arrêt ait mal jugé ?

Je conviens que le contrat de mariage devait être regardé comme passé dans le comté de Bourgogne et que cela résulte clairement de la loi 65, D. *de judiciis* ; mais que peut-on conclure de cette double circonstance ? De deux chose l'une : ou le mariage ne doit être considéré, par rapport à l'émancipation, que comme une forme purement extrinsèque ; ou l'on doit le regarder, dans les coutumes qui lui donnent la vertu d'émanciper, comme une condition personnelle aux enfans, et, pour nous servir des termes de Boullenois, comme relatif à l'*émancipation en elle-même*. Dans la première hypothèse, c'est la loi du domicile actuel du père qu'il faut consulter. Je l'ai démontré d'après Boullenois ; cela est d'ailleurs ainsi décidé par un grand nombre de coutumes rapportées ci-devant ; et de là résulte nécessairement la conséquence, que la fille d'un père domicilié à Besançon, ne peut sortir de la Puissance paternelle par un mariage qu'elle contracte dans le comté de Bourgogne. Dans la seconde hypothèse, qui est la plus exacte, on arrive au même résultat, soit que l'on s'arrête à la loi du domicile qu'avait le père au moment de la naissance de sa fille, soit que l'on s'attache à celle du domicile qu'avait le père au moment où il a marié sa fille, puisque, dans l'espèce retracée par Dunod, le domicile du père était le même

(1) [[Mais *V.* l'article *Majorité*, §. 4, à la fin.]]

(1) *V.* ci-devant, sect. 5, §. 4, la différence qu'il y a sur l'émancipation par mariage, entre la jurisprudence de la province et celle de la capitale de la Franche-Comté.

au moment du mariage de la fille. Ainsi, dans l'une et l'autre supposition, l'arrêt dont il s'agit a bien jugé.

[[VII. Par la même raison, si l'espèce de cet arrêt eût présenté le cas inverse, c'est-à-dire, si une fille domiciliée dans le comté de Bourgogne où le mariage émancipait, s'était mariée et établie dans la ville de Besançon où le mariage n'émancipait pas, on aurait dû juger que son mariage l'avait émancipée, parcequ'à cet égard, on n'eût dû consulter que la loi de son domicile au moment du mariage.

Mais supposons une fille née dans un pays où le mariage émancipait, et domiciliée, au moment où elle se mariait, dans un pays où le mariage n'émancipait pas: comment la question eût-elle dû être jugée?

Si la Puissance paternelle ne dépendait que de la loi du lieu de la naissance, nul doute que la fille n'eût dû être considérée comme émancipée par son mariage.

Mais si, comme je crois l'avoir prouvé aux mots *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 2, art. 8, la Puissance paternelle ne dépend que de la loi du domicile actuel, le mariage, dans l'hypothèse proposée, n'aurait certainement pas émancipé la fille.

Le contraire paraît cependant avoir été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, que nous retrace en ces termes, le recueil de La Peyrère, tome 1, page 479, édition de 1807 :

« La demoiselle Duplessis, native de Paris, habitant depuis six ou sept ans dans la Saintonge, se marie avec M. Dalesme, conseiller au parlement; elle est mise dans une instance pendante au parlement de Paris.

» On assigne M. Dalesme pour être son curateur. Il est ordonné, sur le refus de celui-ci, que les parties se pourvoiront pour faire nommer un curateur à ladite dame. Le sieur d'Hautefort la fait assigner devant le sénéchal de Guienne. Appointement qui ordonne qu'elle se nommera un curateur.

» Appel par ladite dame en la cour.

» Silvestre dit pour elle que, dans notre ressort, suivant le droit, le mariage n'émancipe pas; que le père est le curateur légal de la fille, *curatorem habenti curator non datur.*

» Albessard, pour le sieur d'Hautefort, dit que, la dame Dalesme étant native de Paris, où le mariage émancipe, il faut en suivre la coutume.

» Arrêt qui, le 19 février 1714, met l'appel au néant, président M. de Gourgue ».

Il résulte assez clairement de cet exposé, que le père de la dame Dalesme vivait encore au moment où se jugeait le procès, et à plus forte raison au moment où elle s'était mariée. Mais on n'y voit, ni si, au moment de son mariage, son père était encore domicilié dans la coutume de Paris, ni si elle avait, à cette époque, un véritable domicile dans la Saintonge, ou si elle n'y avait qu'une simple résidence. On ne peut donc tirer aucune conséquence de cet arrêt.]]

V. les articles *Emancipation*, *Exposition de part*, *Légitime administration*, *Pécule*, *Testament*, *Usufruit paternel*, etc.

* PUITS. C'est un trou profond, creusé de main d'homme, ordinairement revêtu de pierres en dedans, et fait exprès pour en tirer de l'eau.

I. Suivant l'art. 191 de la coutume de Paris, il doit y avoir trois pieds d'épaisseur entre deux Puits; mais il faut quatre pieds, y compris l'épaisseur des murs, entre des aisances et un Puits.

Il faut, suivant le même article, que celui qui veut faire un Puits contre un mur mitoyen, fasse un contre-mur d'un pied d'épaisseur.

[[Ces dispositions ne sont pas abrogées par le Code civil; loin de là, ce Code dit, art. 674, que « celui qui fait creuser un Puits..... » près d'un mur mitoyen ou non..., est obligé » à laisser la distance prescrite par les règle- » mens et usages particuliers sur ces objets, » ou à faire les ouvrages prescrits par les » mêmes réglemens et usages, pour éviter » de nuire au voisin ».]]

II. Mais peut-il être dérogé à ces dispositions par des conventions particulières?

Le 7 juillet 1770, le sieur et la dame Flament ont acquis deux maisons à Paris, l'une, rue du Monceau-Saint-Gervais, et l'autre, rue de la Tisseranderie; conformément à la faculté portée au contrat de vente, ils ont fait décréter sur eux, aux requêtes de l'hôtel, les deux maisons.

Le 8 février 1773, le sieur Desglassières, propriétaire de la maison voisine de celle de la rue de la Tisseranderie, a formé à ce décret une opposition à fin de charge de plusieurs servitudes sur la maison acquise, entre autres, à fin d'être conservé dans la faculté de faire contre le mur voisin un Puits *sans contre-mur*, suivant la clause d'un contrat de vente de sa maison, du 27 mars 1658.

Sentence sur délibéré aux requêtes de l'hôtel, du 8 août 1777, qui, en chargeant la

maison du sieur et de la dame Flament des servitudes non contestées, a ordonné que le sieur Desglassières pourrait faire chez lui un Puits *sans contre-mur*, quand il lui plairait.

Appel de la part des sieur et dame Flament.

Pour établir le mal jugé de cette sentence, ils ont observé que l'art. 191 de la coutume de Paris, portant que celui qui veut faire un Puits contre le mur mitoyen, doit faire un *contre-mur*, s'opposait à ce que ce Puits fût fait autrement; que c'était donc inutilement que cette faculté avait été accordée à l'auteur du sieur Desglassières par le contrat du 27 mars 1658; que la construction aussi irrégulière que dangereuse d'un Puits sans contre-mur, ne pouvait qu'endommager les fondations des bâtimens de leur maison; que, les dispositions de la coutume étant de *droit étroit*, il n'était pas permis d'y contrevenir par des stipulations contraires; que ce principe est attesté par tous les auteurs qui se sont occupés de l'étude du droit coutumier, notamment, Dumoulin, tome 1^er^, page 55; d'Argentrée, sur l'art. 323 de la coutume de Bretagne; Brodeau, sur la coutume de Paris, titre des *Fiefs*; les annotateurs de Duplessis, page 392, etc.; que ces autorités démontrant l'obligation où l'on est de se conformer à la coutume, dès que celle qui nous régit ne permet de faire un Puits qu'avec un *contre-mur*, il était sensible que le contrat de 1658 n'avait pu permettre à l'acquéreur de la maison voisine ce que la coutume défend.

Le sieur Desglassières a répondu que c'était une erreur de soutenir que les coutumes fussent de *droit étroit*; qu'on pouvait s'en écarter jusqu'à un certain point, par des stipulations particulières; que rien n'était plus fréquent dans l'*usage*; qu'ainsi, le contrat de 1658 avait pu contenir, à l'égard du Puits dont il s'agissait, la clause qui y avait été stipulée; que la disposition de l'art. 191 n'était pas conçue en termes prohibitifs; que, quand on la considérerait comme pouvant en produire l'effet, elle serait incapable de porter atteinte à une convention fondée sur la bonne foi, à laquelle les contractans s'étaient réciproquement soumis, et qui ne pouvait être détruite; que, de plus, il était prouvé par une savante dissertation de Catherinet, avocat du roi à Bourges, que les coutumes ne sont pas de *droit étroit*; ce qui ne permettait pas de douter que la stipulation portée au contrat de 1658, ne dût être exécutée.

Par arrêt du 5 septembre 1780, rendu à la grand'chambre du parlement de Paris, au rapport de M. Le Fèvre d'Ammecourt, la sentence a été infirmée; et le sieur Desglassières a été déboute de sa demande à fin de construction d'un Puits sans contre-mur.

III. Si, en creusant un Puits, on vient à causer du dommage au bâtiment du voisin, c'est au maître du Puits à le réparer, sauf son recours contre l'entrepreneur du Puits. (M. Guyot.)*

[[IV. Si, en creusant un Puits dans votre terrain, vous coupez la veine qui conduisait l'eau dans celui que j'avais précédemment creusé dans mon fonds, suis-je en droit de m'en plaindre?

V. mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Dénonciation de nouvel œuvre*, §. 1.]]

PULVÉRAGE. Ce mot a, dans les anciennes lois, dans les vieilles chartes et dans l'usage actuel, des significations fort différentes.

1° Cujas, dans ses *observations*, liv. 4, chap. 18, fait mention d'une loi des empereurs Théodose et Valentinien, qui qualifie de Pulvérage, *Pulveraticum*, le salaire dont on payait chez les Romains le travail des arpenteurs: *Honorarium quod, quasi pro labore et Pulvere, agrimensoribus datur, in constitutione quâdam Theodosii et Valentiniani.*

On voit que Cujas attribue l'origine du mot *Pulvérage*, pris en ce sens, à la poussière dont les arpenteurs sont exposés à se couvrir dans l'exercice de leur art. Alciat (*lib.* 2, *Parergon juris, cap.* 26) pense un peu différemment à cet égard. Il dérive *Pulvérage*, de l'usage dans lequel étaient autrefois les arpenteurs, de tracer sur la poussière les calculs et les résultats de leurs opérations.

2° Les Romains appelaient encore *Pulvérage*, le présent que les gouverneurs des provinces exigeaient des villes qu'ils visitaient, et qui fut aboli par la novelle de Léon et de Majorian, intitulée *de curialibus*.

3° La loi 16, au Code Théodosien, *de tironibus*, donne le même nom à deux pièces de monnaie appelées *solidi*, dont on avait coutume de gratifier les serfs qui s'enrôlaient dans la milice.

4° La charte de Dagobert, *de mercato sancti Dionysii*, désigne par la dénomination de *Pulvérage*, une espèce d'impôt, de tonlieu, de péage, qui se levait au profit du roi dans les marchés et les foires: *Teloneos vel navigios, porticos, pontalicos, rivaticos, vultaticos, themonaticos, cespitaticos,* Pulveraticos, *foraticos, mestaticos, laudaticos, saumaticos, salutaticos omnes et ex omnibus quidquid ad partem nostram vel fisco publico de ipso mercato ex ipsâ mercimoniâ exactari potuerat.*

C'est en donnant le même sens au mot *Pulvérage*, que les Capitulaires, liv. 6, chap. 219, défendent à tout particulier d'exiger à l'avenir aucun droit de cette espèce : *Ut nullus homo præsumat teloneum per villas rodaticum vel* PULVERATICUM *suscipere.*

Il y a, dans les archives de l'abbaye de Boscodon en Dauphiné, une charte de 1028, qui se sert pareillement des mots *Pulvérage* et *péage* comme synonymes : c'est une donation que Bertrand, comte de Forcalquier, de Montfort et d'Ambinois, fait au monastère de la Cluse, des villages de Prunières et de la Couche, avec *omne* Pulveragium *seu pedagium quod in dictis locis consueverat percipere.*

5° Aujourd'hui le mot *Pulvérage* est employé dans la province de Dauphiné, pour désigner (suivant Salvaing) « un droit que les » seigneurs, fondés de titre ou de possession » immémoriale, ont accoutumé de prendre » sur les troupeaux de moutons qui passent » dans leurs terres, à cause de la poussière » qu'ils excitent ».

L'usage et l'exercice de ce droit singulier sont réglés par un arrêt du parlement de Grenoble, du 2 juin 1458.

L'exécution de cet arrêt est ordonnée par un autre du 2 mai 1521, qui, en outre, défend d'exiger la moindre des choses des pâtres, même à titre de Pulvérage, et restreint par conséquent aux troupeaux l'assujétissement à ce droit.

* Le droit de Pulvérage est aussi connu en Provence dans le même sens qu'en Dauphiné : c'est un droit modique que les seigneurs prennent sur les troupeaux de brebis, qui passent dans leurs terres, quand ils montent dans la haute Provence pour y paître pendant l'été, ou qu'ils descendent dans la basse Provence pour y passer l'hyver; il ne leur faut point de titre particulier pour exiger ce droit : ainsi l'a jugé un arrêt cité dans le recueil de Boniface, tome 4, liv. 3, tit. 7, chap. 3, en vertu du statut de Provence, qui dit qu'il est dû au seigneur droit de passage des brebis qui montent ou descendent des montagnes.

Ce droit a son fondement dans la nécessité de conduire les troupeaux sur les montagnes pendant l'été et de les ramener en automne dans les plaines, et sur celles de trouver un moyen de les nourrir pendant le trajet, qui est de trente ou quarante lieues : pour cela, on a tracé des routes dans les terres incultes où ils se nourrissent en marchant. C'est pour indemniser les seigneurs et du passage et de la nourriture fournie aux troupeaux, que le Pulvérage est établi. De là, les lettres-patentes du 16 janvier 1764, vérifiées et enregistrées le 14 février suivant au parlement d'Aix :

« La vérification que nous avons ordonnée (est-il dit) des droits de péage qui se lèvent dans notre royaume, sur les chemins ou sur les rivières, ayant été suivie de la suppression de quelques droits perçus par les seigneurs dans notre province de Provence, sous le titre de *Pulvérages*, les syndics des possédans fiefs en notredite province nous auraient représenté que ce droit autorisé par des statuts municipaux de la province, reconnu par les procureurs dudit pays, et perçu de tout temps dans la Provence, n'avait pu être mis au nombre desdits droits de péage que par une pure erreur des usages de ce pays; que ce droit n'est autre chose qu'une espèce d'abonnement convenu pour le bien de la province, entre les propriétaires des troupeaux qui font une des principales parties de son commerce, et les seigneurs des fiefs; qu'étant indispensable de conduire ces troupeaux tous les étés dans les montagnes de la haute Provence, pour les y faire subsister jusqu'à l'hyver, il a fallu trouver les moyens de les nourrir pendant un trajet de trente à quarante lieues qu'ils sont obligés de faire à travers les terres des seigneurs; que, pour y parvenir, on leur a tracé des routes dans leurs terres gastes ou incultes, dans lesquelles ils trouvent leur nourriture; et que c'est pour indemniser ces seigneurs de ce passage et de cette nourriture qui s'y prend à leurs dépens, que le droit très-modique dont il s'agit a été établi et payé jusqu'à présent sans aucune difficulté; qu'ainsi, il ne peut passer pour une imposition sur le public, sujette à vérification, comme les droits de péage sur les chemins; et qu'ils espèrent de notre justice et de notre bienveillance pour cette province, que nous voudrons bien le maintenir, et même le confirmer par notre autorité, et en ordonner l'exécution comme avant les arrêts qui y auraient donné atteinte; et, comme lesdites représentations nous ont paru dignes de notre attention, nous aurions jugé à propos d'entendre aussi les procureurs du pays et lesdits seigneurs, et de prendre tous les éclaircissemens qu'elles pouvaient mériter; et, après les avoir fait examiner en notre conseil, nous aurions reconnu que, s'il était vrai que le droit de Pulvérage ne pouvait être mis dans la classe des droits de péage, et que l'avantage de notredite province exigeait qu'il y fût conservé, il n'était pas moins nécessaire de le renfermer dans son véritable objet, et d'établir une règle fixe et uniforme pour sa perception, de manière qu'il devînt encore plus utile audit pays, en écartant tout ce qui pourrait faire naître quelques contestations à ce sujet;

» A ces causes.... ordonnons que le statut de la Provence, concernant le droit de Pulvérage, sera exécuté; et en conséquence, avons maintenu et maintenons les seigneurs possédans fiefs dans notredite province, dans le droit et possession de percevoir, chacun dans l'étendue de leur territoire, ledit droit sur les troupeaux d'avérage ou de moutons, brebis, chèvres et chevraux passant par leurs terres gastes, suivant les bornes qui ont été placées à cet effet, pour aller dans les montagnes ou pour y revenir, et ce à raison de six deniers en allant, et autant en revenant par chaque trentenier desdites bêtes d'avérage; sans toutefois que ledit droit puisse être exigé sur les bœufs, vaches, chevaux, mulets, ânes ou cochons, passant par les chemins desdites seigneuries : voulons que nos présentes lettres soient exécutées nonobstant tous les arrêts de notre conseil, ou autres à ce contraires, lesquels demeureront comme non avenus, sans néanmoins rien innover en ce qui concerne la vérification des droits de péage qui seraient perçus sur les chemins traversant lesdites seigneuries, lesquels continueront d'être vérifiés, si fait n'a été, en la manière accoutumée ». (M. Sanson du Perron.)*

[[*Les droits de Pulvérage levés sur les troupeaux, passant dans les chemins publics des seigneuries, sont abolis sans indemnité*, par l'art. 10 du tit. 2 de la loi du 15-28 mars 1790.]]

PURGE. Terme employé dans la Belgique, pour désigner une formalité qui équivaut à ce qu'on appelle en France *décret volontaire, ou lettres de ratification*, et dans la coutume de Bretagne, *appropriance*.

I. Nous trouvons la définition et en même temps l'établissement général de la *Purge*, dans l'art. 36 de l'édit perpétuel donné en 1611 par les archiducs Albert et Isabelle.

« Comme souventes fois advient (y est-il dit) » qu'en la vente ou charge des biens immeubles, les vendeurs recèlent les charges » antérieures, servitudes, prohibitions d'aliéner, ou charges ou autres obligations » auxquelles iceux biens se trouvent par » après tenus et affectés, au grand préjudice des acheteurs, nous permettons à » ceux ayant acquis tels biens immeubles, » et soi doutans de tel recèlement, de, à » leurs dépens, eux pourvoir à l'assurance » de leur achat, de nos lettres de Purge, » consignant le prix sous la justice qu'appartiendra, et faisant appeler à cri public » tous ceux qui pourraient prétendre quelque droit sur lesdits biens, et ultérieurement y procédant à l'entérinement desdites lettres, selon le style de tout temps » sur ce usité ès quartiers de Lille et Tournai, qui sera préfigé et expliqué par lesdites lettres ».

On voit par cette disposition que l'on ne peut purger un bien-fonds que par des lettres de Purge.

Ces lettres s'accordent dans la Belgique autrichienne, par le conseil privé de Bruxelles; et dans le ressort du parlement de Flandre, par les officiers de la chancellerie établie près de cette cour.

II. Ce que nous disons de la Belgique autrichienne, n'a cependant pas lieu pour la partie du Hainaut qui ressortit encore au conseil souverain de Mons. C'est ce qu'établit une déclaration du 10 septembre 1611, que nous allons transcrire ici, parcequ'elle sert en même temps à résoudre les doutes que certains praticiens ont élevés sur la question de savoir si la *Purge* doit être admise dans cette province; en voici les termes :

« Sur ce que les gens du conseil de leurs altesses sérénissimes à Mons leur ont représenté qu'ils trouvent difficulté en l'art. 36 de l'ordonnance faite à Mariemont, le 12 de juillet dernier, en ce qu'il y est dit que les acheteurs de biens immeubles voulant assurer leurs achats, peuvent à ces fins obtenir de leurs altesses lettres de Purge, attendu que, par priviléges accordés aux manans et habitans du pays de Hainaut, ils n'étaient obligés, voire ne pouvaient chercher ailleurs provisions de justice, ains se devraient adresser au grand bailli, juge souverain d'icelui pays...

» Leursdits altesses déclarent leur intention n'avoir été de, en ce, faire quelque préjudice aux priviléges, chartes ou coutumes dudit pays de Hainaut, ni aux droit et autorité du grand bailli d'icelui pays, ains que ceux qui se voudront assurer par lesdites lettres de Purge, les pourront demander et obtenir audit office de souverain bailliage de Hainaut, où elles leur seront accordées selon le formulaire qui leur sera à ces fins envoyé ».

III. Les lettres de Purge s'adressent aux juges des lieux où sont situés les biens qui en sont l'objet. C'est en ce sens que l'usage a interprété ce que porte là-dessus la coutume de Tournai : *Et s'adressera*, dit-elle, chap. 7, art. 2, *le committimus d'icelles lettres de Purge aux échevins et autres juges pardevant lesquels les ventes desdits héritages seraient faites et passées.*

On aurait pu croire, d'après ces termes, qu'il fallait considérer, en cette matière,

le lieu de la passation du contrat plutôt que celui de la situation des héritages ; mais on a pensé, et avec raison, que le mot *ventes* devant moins s'entendre du contrat, qui peut se passer partout, que de la *réalisation*, qui ne peut s'opérer que par le ministère des juges de la situation des biens ; et en effet, nous voyons dans la coutume de Lille tit. 13, art. 1, qu'un acheteur ne peut prendre la voie de *Purge*, à moins qu'il ne soit préalablement *adhérité de telle maison ou héritage ;* preuve qu'en cette matière, le contrat personnel n'est d'aucune considération.

La coutume de la châtellenie de Lille ne permet d'adresser les lettres de Purge qu'aux officiers de la gouvernance : « Les acheteurs » de fiefs, maisons et héritage gisans en notredite châtellenie de Lille, peuvent, quand » bon leur semble, faire purger au siège de » notre gouvernance, *et non ailleurs*, lesdits » fiefs, maisons et héritages par eux achetés » en fonds et propriété ». Ce sont les termes de cette coutume, tit. 24, art. 1.

IV. Le premier pas à faire pour mettre des lettres de *Purge* à exécution, est de consigner, entre les mains du dépositaire public du siége auquel elles sont adressées, le montant du prix de l'achat, *n'est*, dit l'article cité de la coutume de la châtellenie de Lille, *que, par le marché, soit consenti et accordé* à l'acheteur, *d'en retenir portion, à la charge des premières hypothèques.* La coutume de la ville de Lille renferme virtuellement la même exception, et l'étend plus loin : l'acheteur, dit-elle, doit *nantir les deniers du marché, si avant qu'ils se paient comptant.*

Il y a, sur ce point, un usage tout-à-fait particulier à la ville de Lille. Il consiste, suivant Degewiet, à « ne point consigner d'abord toute la somme de l'achat : on peut » consigner autant qu'on veut, sauf à l'amplifier ; mais celui qui consigne ainsi, » n'est à l'abri des intérêts qu'à proportion » des deniers qu'il a réellement consignés. » M. de Mullet, dans ses arrêts manuscrits, » dit qu'il a été ainsi jugé au parlement de » Flandre, entre les sieurs Jacobs et Delobe ; » il ne rapporte pas la date de l'arrêt ; mais » il dit qu'on avait pris ce parti avec d'autant » plus de raison qu'on en avait décidé de » même par arrêt du 11 février 1790, entre » le baron de Fretin et la dame de Carnoy ».

Desjaunaux, tome 3, §. 57, nous rend compte d'un autre usage observé à Tournai par rapport à la consignation : « A Tournai » (dit ce magistrat), un acheteur ne consigne d'abord que la somme faisant précisément le prix de son achat, quoiqu'il » soit obligé de payer les frais du décret » et des consignations ; et, comme ces mises » ou frais de justice se prennent premièrement sur les deniers consignés du prix, » et qu'on les répète ensuite à l'acheteur, » cela s'appelle *mises à répéter* ».

Cet usage a donné lieu à une contestation dont voici l'espèce.

Le sieur Bourgembrai ayant acheté une maison des mineurs Popuel, avait consigné le prix pour purger son acquisition. La dame Popuel, mère des vendeurs, s'était opposée, pour son douaire, à la distribution des deniers ; et ayant été mise en ordre après les créanciers hypothécaires, elle avait fait, les 7 avril et 17 juin 1702, deux transports tout différens l'un de l'autre.

Par le premier, elle avait donné à la veuve Vanrose, sa créancière, une délégation *sur ce qui pourrait lui revenir des deniers de la Purge ;* et celle-ci avait fait saisir, dès le 31 mai, entre les mains du receveur des consignations, tous les deniers nantis qui seraient adjugés à sa débitrice.

Par le second, la dame Popuel avait cédé au procureur Delrue tous les droits qu'elle pouvait avoir dans les *mises à répéter*, et ce dernier les avait fait saisir entre les mains du sieur Bourgembrai.

Les choses en cet état, les deniers consignés n'ont pas suffi pour payer la dame Popuel ; en conséquence, la veuve Vanrose, sa première cessionnaire, a demandé qu'il lui fût expédié une ordonnance sur le sieur Bourgembrai pour le montant des *mises à répéter*.

Le procureur Delrue s'est opposé à sa demande, sur le fondement de la cession qui lui avait été faite de ces *mises*, et de la saisie qu'il en avait pratiquée.

La veuve Vanrose a répondu que sa cession et sa saisie étaient antérieures à celles de Delrue ; qu'à la vérité, elles ne portaient pas nommément sur les *mises à répéter ;* mais que ces *mises* faisaient nécessairement partie des deniers nantis, et que par conséquent elle avait acquis droit sur les unes, par la cession et la saisie des autres.

Sur ces raisons, les maïeur et échevins de Tournai ont débouté Delrue de son opposition, et accordé à la veuve Vanrose l'ordonnance qu'elle demandait ; et leur sentence a été confirmée, par un arrêt du parlement de Flandre, rendu le 5 avril 1704, après partage porté de la première chambre à la deuxième.

V. Les coutumes de Tournai, de Lille et de la châtellenie de Lille prescrivent la forme qu'on doit observer pour les publications des lettres de Purge; et, comme elles ne s'accordent pas entre elles sur ce point, il a été rendu par le conseil privé de Bruxelles, sur la requête des échevins de Douai, un décret du 5 février 1624, qui porte que « lesdits de Douai pourront, au fait desdites » *Purges*, suivre le style observé en la ville » de Lille, jusqu'à ce que par sa majesté autrement soit ordonné ».

VI. On a vu à l'article *Décret d'immeubles*, §. 6, que le droit commun du ressort du parlement de Flandre n'attribue pas au décret forcé la vertu de purger la propriété ni les charges foncières; à plus forte raison doit-il en être de même de la Purge, qui n'est qu'une espèce de décret volontaire. C'est aussi ce qu'atteste Degewiet : « Les » fidéicommis (dit-il) ni les autres droits » de propriété ne se purgent point, si les » intéressés n'ont été spécialement signifiés » pour dire leurs causes d'opposition. Cela » résulte assez des lettres de Purge qu'on » expédie en chancellerie près le parlement » de Flandre, quand on dit que c'est seulement pour purger les hypothèques et les » autres charges superficielles ».

VII. Quoique la Purge ait été établie par une loi commune à toute la Belgique, elle n'a cependant pas lieu en Artois; on y a substitué, dans cette province, l'usage des décrets volontaires; et cet usage subsiste encore aujourd'hui dans toute sa vigueur, parceque l'édit du mois de juin 1771, quoiqu'il ait été enregistré au conseil supérieur d'Arras, n'a jamais été organisé, ni par conséquent pu être exécuté dans son ressort.

[[VIII. La Purge a été abolie par l'art. 56 de la loi du 11 brumaire an 7. *V.* l'article *Hypothèque*, sect. 2, §. 2.]]

PURGEMENT DE SAISINE. *V.* l'article *Saisine dans les coutumes de Liége, de Namur et de Luxembourg.*

Q.

* QUALITÉS D'UN JUGEMENT. On appelle ainsi les noms des parties litigantes, avec leurs demandes et défenses, qu'on énonce avant le vu et le dispositif du jugement.

I. Le Procureur qui veut lever un jugement d'audience, fait signifier à son confrère des Qualités. Si celui auquel il les signifie, y trouve quelque chose à réformer, il peut former opposition aux Qualités, et alors on plaide sur cet incident avant que le greffier expédie le jugement. (M. GUYOT.) *

[[II. Voici ce que porte là-dessus le Code de procédure civile :

« Art. 142. La rédaction (des jugemens) sera faite sur les Qualités signifiées entre les parties : en conséquence, celle qui voudra lever un jugement contradictoire, sera tenue de signifier à l'avoué de son adversaire les Qualités, contenant les noms, professions et demeures des parties, les conclusions et les points de fait et de droit.

» 143. L'original de cette signification restera pendant 24 heures entre les mains des huissiers audienciers.

» 144. L'avoué qui voudra s'opposer, soit aux Qualités, soit à l'exposé des points de fait et de droit, le déclarera à l'huissier qui sera tenu d'en faire mention ».

III. Quel est l'effet des Qualités posées contradictoirement à l'audience? Emportent-elles renonciation aux conclusions précédemment prises par requête, et qu'elles ne rappèlent pas? Suffisent-elles pour rendre contradictoire et mettre à l'abri de l'opposition, le jugement qui intervient ensuite à jour indiqué, dans l'absence de l'une des parties?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 22 avril 1806, rapportés à l'article *Loi*, §. 5, n° 9.]]

[[QUANTI MINORIS (ACTION). *V.* l'article *Redhibitoire.*]]

* QUARANTAINE. On appelle ainsi le séjour que ceux qui viennent du Levant ou de tout autre pays infecté ou soupçonné de contagion, sont obligés de faire dans un lieu séparé de la ville où ils arrivent.

I. On prend cette précaution pour éviter que les équipages ou passagers ne rapportent d'Orient, l'air des maladies contagieuses et pestilentielles qui y sont fort fréquentes; et l'on a donné à cette épreuve le nom de *Quarantaine*, parceque qu'elle doit durer quarante jours. Cependant, lorsqu'on est sûr que les marchandises et les passagers ne

viennent point de lieux suspects, ou infectés de contagion, on abrège ce terme, et l'on permet le débarquement, tant des personnes que des marchandises ; mais on dépose les uns et les autres dans un lazaret où elles ont parfumées. Le temps qu'elles y demeurent, se nomme toujours *Quarantaine*, quoiqu'il ne soit souvent que de huit ou quinze jours, et quelquefois de moins. Ce langage n'est pas exact, mais l'usage l'a confirmé.

II. Par arrêt du conseil d'état, du 14 octobre 1762, il a été fait défense de faire Quarantaine dans aucun autre port et lazaret que ceux de Marseille et de Toulon :

« Le roi étant informé (porte cet arrêt) des contestations survenues entre les bureaux de santé de Marseille et de Cette, sur le fait des Quarantaines, et sa majesté s'en étant réservé la connaissance, pour ne rien laisser de douteux et d'équivoque dans une matière aussi importante pour la sûreté publique, elle aurait fait examiner, avec la plus grande attention, l'objet desdites contestations, en ce que les intendans de Cette prétendaient pouvoir y établir, en certains cas, des Quarantaines particulières, sous le prétexte qu'elles n'étaient point généralement interdites par les arrêts et réglemens rendus ci-devant, notamment par la déclaration du 26 novembre 1729 ; sur quoi S. M. ayant reconnu qu'il n'était pas possible de multiplier et d'étendre la liberté et pratique des Quarantaines, lesquelles ont été fixées jusqu'à présent aux seuls lazarets de Marseille et de Toulon, à d'autres ports, sans danger imminent pour le royaume ; et qu'il n'était pas moins nécessaire de prévenir, par une disposition formelle, les interprétations dont il pourrait être abusé ; sa majesté étant obligée de préférer l'intérêt essentiel et la sûreté du royaume à toute autre considération ; vu les arrêts et réglemens rendus sur le fait de la santé, la déclaration du 26 novembre 1729, et les mémoires et titres respectivement fournis par lesdits bureaux de Marseille et de Cette : ouï le rapport, et tout considéré ;

» S. M. étant en son conseil, et interprétant, par rapport aux Quarantaines, autant que besoin est ou serait, les déclarations, arrêts et réglemens rendus sur le fait d'icelles, notamment la déclaration du 26 novembre 1729, qu'elle confirme d'ailleurs en tout son contenu, ainsi que lesdits arrêts et réglemens, elle a ordonné et ordonne que, dans aucun cas et sous quelque prétexte que ce puisse être, aucun bâtiment français ou étranger, sans différence ni exception, qui se trouvera sujet à faire Quarantaine, soit à cause des lieux d'où ledit bâtiment pourra provenir, soit à cause de la communication suspecte qu'il aura pu prendre en mer, ne pourra être admis qu'aux seuls ports et lazarets de Marseille et de Toulon, nul autre excepté. Fait en conséquence S. M. très-expresses inhibitions et défenses aux intendans de la santé de Cette et à tous autres, de plus et jamais s'immiscer à recevoir à Quarantaine aucun bâtiment dans le cas d'y être assujéti ; comme aussi à tous capitaines, patrons, mariniers ou passagers français et étrangers, de la faire ailleurs qu'auxdits lazarets de Marseille et de Toulon, où ils seront tenus de se rendre avec leurs bâtimens, et ce, sous les peines portées par lesdites déclarations, arrêts et réglemens ». (M. GUYOT.) *

[[L'assemblée constituante avait, par l'art. 5 d'un décret du 21 juillet 1791, ordonné que « les retours du commerce du Levant et de » Barbarie pourraient se faire dans tous les » ports du royaume, après avoir fait quarantaine à Marseille ».

Mais, par un autre décret du 30 août suivant, elle a ajouté à cet article une modification ainsi conçue : « Sans entendre rien innover au sujet du lazaret de Toulon, qui » continuera d'exercer le droit de donner la » Quarantaine, comme par le passé ».

III. Un décret de la convention nationale, du 9 mai 1793, ordonne « que les lois et réglemens relatifs à la conservation de la » santé, dans les ports de la Méditerranée, » seront exécutés dans toutes leurs dispositions, sous les peines y énoncées ; fait défenses à tous les corps administratifs et » municipaux, autres que ceux qui en ont » reçu la délégation de la loi, de s'immiscer » dans les fonctions et opérations des conservateurs de la santé de Marseille et de Toulon ».

IV. Il y a, sur la police des lazarets, un arrêté du gouvernement du 15 pluviôse an 9, qui trouve naturellement ici sa place.

« Art. 1. Le lazaret établi à Toulon est sous l'autorité du ministre de la marine ; la surveillance en est confiée au préfet maritime de ce port.

» 2. La police et l'administration de cet établissement continueront d'appartenir aux conservateurs de santé.

» 3. Lesdits conservateurs de santé correspondront avec ceux du lazaret de Marseille, sur ce qui intéresse la santé publique ; et ils se conformeront aux décisions que ces derniers leur transmettront.

» 4. Le préfet maritime de Toulon, ou, en cas d'absence, celui qui, dans l'ordre du service, le remplacera, sera membre nécessaire du bureau de santé. Il sera convoqué à toutes les séances; il présidera le conseil, quand il y assistera; et quand il n'y sera point présent, les délibérations ne recevront leur exécution qu'après lui avoir été communiquées.

» 5. Le lazaret de Marseille et tous les autres établissemens de ce genre qui pourraient être formés accidentellement dans les ports du midi de la France, autres que celui de Toulon, continueront à faire partie des attributions du ministre de l'intérieur.

» 6. Lesdits établissemens seront sous la surveillance du préfet du département où ils seront établis; la police et l'administration en resteront confiées aux conservateurs de santé de Marseille.

» 7. Les réglemens nécessaires pour déterminer le régime sanitaire, et les précautions générales à prendre dans chaque lazaret, seront faits par les ministres réunis de l'intérieur et de la marine.

» Jusque-là, les réglemens actuellement en vigueur continueront à recevoir leur exécution; et le préfet du département des Bouches-du-Rhône et le préfet maritime de Toulon y tiendront la main ».

V. On a dit plus haut, n° 3, qu'un décret du 9 mai 1793 ordonne l'exécution des anciennes lois et des anciens réglemens sur la Quarantaine; et c'est ce que fait aussi implicitement l'art. 484 du Code pénal de 1810.

Parmi ces lois, se trouve notamment un édit du mois de septembre 1778, particulier à la Corse, dont l'art. 26 défend, sous des peines graves, « à tous capitaines, officiers, » équipages et passagers des vaisseaux, et » autres bâtimens de mer, *de communiquer* » *autrement que de la voix avec d'autres per-* » *sonnes et équipages, avant d'avoir été ad-* » *mis à libre pratique par les officiers de* » *santé* ».

L'art. 57 de cet édit ajoute : « toute per- » sonne qui, par cas fortuit ou autrement, » aura communiqué avec quelques personnes » d'un bâtiment qui n'aura pas eu l'entrée, » sera tenue de se réunir à bord de l'équipage » dudit bâtiment, d'y faire Quarantaine, si » le cas y échet, et d'y rester jusqu'à ce que » l'entrée lui soit accordée, sous les peines » portées par l'art. 26 ».

Ces articles sont-ils applicables à ceux qui, sans avoir communiqué avec des personnes non admises à la libre pratique, ont eu en leur possession des effets destinés à l'usage des personnes à bord, ou des objets dépendans d'un bâtiment qui n'a pas eu l'entrée?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante :

Le 2 frimaire an 12, un corsaire anglais vient échouer sur la plage de Cravani, arrondissement de Calvi. Plusieurs habitans de la commune de Calanzana, occupés à travailler dans des terres voisines de cette plage, accourent se jeter sur le corsaire échoué, et enlèvent ses armes, agrès et apparaux, avec quelques effets appartenans à l'équipage.

Albertini et Donati sont reconnus avoir été du nombre de ces habitans. Ils ne se présentent pas devant l'officier public compétent, pour subir les épreuves prescrites par l'édit de 1778. Ils sont en conséquence traduits devant la cour de justice criminelle du Golo; et par arrêt du 4 prairial an 12, cette cour les condamne à trois années de fers, en vertu des art. 26 et 37 de l'édit cité.

Recours en cassation pour fausse application de ces articles.

Les demandeurs soutiennent que ces articles sont bien applicables au cas de communication *avec quelques personnes* d'un bâtiment qui n'a pas encore eu l'entrée; mais qu'ils ne le sont pas à celui où, comme dans l'espèce, on n'a fait que toucher des objets dépendans de ce bâtiment.

Par arrêt du 2 frimaire an 13, au rapport de M. Seignette,

« Attendu que l'édit de septembre 1778, dont l'exécution est ordonnée par la loi du 9 mai 1793, a eu en vue d'empêcher toute communication qui pourrait introduire la peste dans l'île de Corse, et d'obliger à prendre toutes les précautions de sûreté, lorsque cette communication aurait eu lieu par cas fortuit ou autrement; que les individus qui ont communiqué de cette manière, doivent se présenter d'eux-mêmes pour subir les épreuves que l'autorité compétente peut juger nécessaires; qu'autrement, la loi serait éludée, les magistrats pouvant ne pas avoir connaissance de la communication, ou ne l'avoir que trop tard pour que le principe de la contagion ne se soit pas répandu par la communication de ceux qui auront puisé ces principes funestes dans une première communication; que la contagion se communiquant par le contact des choses, comme par l'approche des personnes, c'est communiquer avec les personnes infectées ou suspectes, que de toucher les choses qui ont été à leur usage; et l'édit de septembre 1778 est applicable à l'un et l'autre cas;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

VI. Tel était, sur le régime sanitaire, l'état de la législation et de la jurisprudence,

lorsque, le 27 septembre 1821, la crainte que la fièvre jaune, qui faisait des progrès alarmans en Catalogne et dans d'autres provinces d'Espagne, n'étendît ses ravages en France, détermina le roi à rendre une ordonnance qui prescrivit provisoirement, et d'après l'esprit des lois existantes, les mesures que le péril commandait.

Mais bientôt ces mesures ont été jugées insuffisantes, et il a été rendu, le 3 mars 1822, une loi ainsi conçue :

« Tit. 1. *De la police sanitaire.*

» Art. 1. Le roi détermine par des ordonnances, 1° les pays dont les provenances doivent être habituellement ou temporairement soumises au régime sanitaire; 2° les mesures à observer sur les côtes, dans les ports et rades, dans les lazarets et autres lieux réservés; 3° les mesures extraordinaires que l'invasion ou la crainte d'une maladie pestilentielle rendrait nécessaires sur les frontières des terres ou dans l'intérieur.

» Il règle les attributions, la composition et le ressort des autorités et administrations chargées de l'exécution de ces mesures, et leur délègue le pouvoir d'appliquer provisoirement, dans des cas d'urgence, le régime sanitaire aux portions du territoire qui seraient inopinément menacées.

» Les ordonnances du roi ou les actes administratifs qui prescriront l'application des dispositions de la présente loi à une portion du territoire français, seront, ainsi que la loi elle-même, publiés et affichés dans chaque commune qui devra être soumise à ce régime; les dispositions pénales de la loi ne seront applicables qu'après cette publication.

» 2. Les provenances, par mer, de pays habituellement et actuellement *sains*, continueront d'être admis à la libre pratique, immédiatement après les visites et les interrogations d'usage, à moins d'accidens ou de communications de nature suspecte, survenus depuis leur départ.

» 3. Les provenances, par la même voie, de pays qui ne sont pas habituellement *sains*, ou qui se trouvent accidentellement infectés, sont, relativement à leur état sanitaire, rangées sous l'un des trois régimes ci-après déterminés :

» Sous le régime de la *patente brute*, si elle sont ou ont été, depuis leur départ, infectées d'une maladie réputée pestilentielle, si elles viennent de pays qui en soient infectés, ou si elles ont communiqué avec des lieux, des personnes ou des choses qui auraient pu leur transmettre la contagion;

» Sous le régime de la *patente suspecte*, si elles viennent de pays où règne une maladie soupçonnée d'être pestilentielle, ou de pays qui, quoique exempts de soupçon, sont ou viennent d'être en libre relation avec des pays qui s'en trouvent entachés, ou enfin si des communications avec des provenances de ces derniers pays, ou des circonstances quelconques, font suspecter leur état sanitaire;

» Sous le régime de la *patente nette*, si aucun soupçon de maladie pestilentielle n'existait dans les pays d'où elles viennent, si ce pays n'était point ou ne venait point d'être en libre relation avec des lieux entachés de ce soupçon, et enfin si aucune communication, aucune circonstance quelconque, ne fait suspecter leur état sanitaire.

» 4. Les provenances spécifiées en l'art. 3 ci-dessus pourront être soumises à des Quarantaines plus ou moins longues, selon chaque régime, la durée du voyage et la gravité du péril. Elles pourront même être repoussées du territoire, si la Quarantaine ne peut avoir lieu sans exposer la santé publique.

» Les dispositions du présent article et de l'art. 3 ci-dessus s'appliqueront aux communications par terre, toutes les fois qu'il aura été jugé nécessaire de les y soumettre.

» 5. En cas d'impossibilité de purifier, de conserver ou de transporter sans danger des animaux ou des objets matériels, susceptibles de transmettre la contagion, ils pourront être, sans obligation d'en rembourser la valeur, les animaux tués et enfouis, les objets matériels détruits et brûlés.

» La nécessité de ces mesures sera constatée par des procès-verbaux, lesquels feront foi jusqu'à inscription de faux.

» 6. Tout navire, tout individu, qui tenterait, en infraction aux réglemens, de pénétrer en libre pratique, de franchir un cordon sanitaire, ou de passer d'un lieu *infecté* ou *interdit* dans un lieu qui ne le serait point, sera, après due sommation de se retirer, repoussé de vive force, et ce, sans préjudice des peines encourues.

» Tit. 2. *Des peines, délits et contraventions en matière sanitaire.*

» 7. Toute violation des lois et des réglemens sanitaires sera punie :

» De la peine de mort, si elle a opéré communication avec des pays dont les provenances sont soumises au régime de la *patente brute*, avec ces provenances, ou avec des lieux, des personnes ou des choses placés sous ce régime;

» De la peine de reclusion et d'une amende de deux cents francs à vingt mille francs, si elle a opéré communication avec des pays dont les provenances sont soumises au régime

de la *patente suspecte*, avec ces provenances, ou avec des lieux, des personnes ou des choses placés sous ce régime;

» De la peine d'un an à dix ans d'emprisonnement et d'une amende de cent francs à dix mille francs, si elle a opéré communication prohibée avec des lieux, des personnes ou des choses qui, sans être dans l'un des cas ci-dessus spécifiés, ne seraient point en libre pratique.

» Seront punis de la même peine, ceux qui se rendraient coupables de communications interdites entre des personnes ou des choses soumises à des Quarantaines de différens termes.

» Tout individu qui recevra sciemment des matières ou des personnes en contravention aux réglemens sanitaires, sera puni des mêmes peines que celles encourues par le porteur ou le délinquant pris en flagrant délit.

» 8. Dans le cas où la violation du régime de la *patente brute*, mentionnée à l'article précédent, n'aurait point occasioné d'invasion pestilentielle, les tribunaux pourront ne prononcer que la reclusion et l'amende portées au second paragraphe dudit article.

» 9. Lors même que ces crimes ou délits n'auraient point occasioné d'invasion pestilentielle, s'ils ont été accompagnés de rebellion, ou commis avec des armes apparentes ou cachées, ou avec effraction, ou avec escalade;

» La peine de mort sera prononcée en cas de violation du régime de la patente brute;

» La peine des travaux forcés à temps sera substituée à la peine de reclusion, pour la violation du régime de la patente suspecte; et la peine de reclusion à l'emprisonnement, pour les cas déterminés dans les deux avant-derniers paragraphes de l'art. 7.

» Le tout indépendamment des amendes portées audit article, et sans préjudice des peines plus fortes qui seraient prononcées par le Code pénal.

» 10. Tout agent du gouvernement au-dehors, tout fonctionnaire, tout capitaine, officier ou chef quelconque d'un bâtiment de l'Etat ou de tout autre navire ou embarcation, tout médecin, chirurgien, officier de santé, attaché, soit au service sanitaire, soit à un bâtiment de l'Etat ou du commerce, qui, officiellement, dans une dépêche, un certificat, un rapport, une déclaration ou une déposition, aurait sciemment altéré ou dissimulé les faits, de manière à exposer la santé publique, sera puni de mort, s'il s'en est suivi une invasion pestilentielle.

» Il sera puni des travaux forcés à temps et d'une amende de mille francs à vingt mille francs, lors même que son faux exposé n'aurait point occasioné d'invasion pestilentielle, s'il était de nature à pouvoir y donner lieu en empêchant les précautions nécessaires.

» Les mêmes individus seront punis de la dégradation civique et d'une amende de cinq cents francs à dix mille francs, s'ils ont exposé la santé publique en négligeant, sans excuse légitime, d'informer qui de droit de faits à leur connaissance de nature à produire ce danger, ou si, sans s'être rendus complices de l'un des crimes prévus par les art. 7, 8 et 9, ils ont sciemment et par leur faute laissé enfreindre ou enfreint eux-mêmes des dispositions réglementaires qui eussent pu le prévenir.

» 11. Sera puni de mort tout individu faisant partie d'un cordon sanitaire, ou en faction, pour surveiller une Quarantaine ou pour empêcher une communication interdite, qui aurait abandonné son poste ou violé sa consigne.

» 12. Sera puni d'un emprisonnement d'un à cinq ans, tout commandant de la force publique qui, après avoir été requis par l'autorité compétente, aurait refusé de faire agir pour un service sanitaire la force sous ses ordres.

» Seront punis de la même peine et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs, tout individu attaché à un service sanitaire, ou chargé par état de concourir à l'exécution des dispositions prescrites pour ce service, qui aurait, sans excuse légitime, refusé ou négligé de remplir ces fonctions;

» Tout citoyen faisant partie de la garde nationale, qui se refuserait à un service de police sanitaire pour lequel il aurait été légalement requis en cette qualité;

» Toute personne qui, officiellement chargée de lettres ou paquets pour une autorité ou une agence sanitaire, ne les aurait point remis, ou aurait exposé la santé publique en tardant à les remettre, sans préjudice des réparations civiles qui pourraient être dues, aux termes de l'art. 10 du Code pénal.

» 13. Sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à trois mois et d'une amende de cinquante francs à cinq cents francs, tout individu qui, n'étant dans aucun des cas prévus par les articles précédens, aurait refusé d'obéir à des réquisitions d'urgence pour un service sanitaire, ou qui, ayant connaissance d'un symptôme de maladie pestilentielle, aurait négligé d'en informer qui de droit.

» Si le prévenu de l'un ou de l'autre de ces délits est médecin, il sera, en outre, puni d'une interdiction d'un à cinq ans.

» 14. Sera puni d'un emprisonnement de trois à quinze jours et d'une amende de cinq à cinquante francs, quiconque, sans avoir commis aucun des délits qui viennent d'être spécifiés, aurait contrevenu, en matière sanitaire, aux réglemens généraux ou locaux, aux ordres des autorités compétentes.

» 15. Les infractions en matière sanitaire pourront n'être passibles d'aucune peine, lorsqu'elles n'auront été commises que par force majeure, ou pour porter secours en cas de danger, si la déclaration en a été immédiatement faite à qui de droit.

» 16. Pourra être exempté de toute poursuite et de toute peine, celui qui, ayant d'abord altéré la vérité ou négligé de la dire dans les cas prévus par l'art. 10, réparerait l'omission, ou rétracterait son faux exposé, avant qu'il eût pu en résulter aucun danger pour la santé publique, et avant que les faits eussent été connus par toute autre voie.

» Tit. 3. *Des attributions des autorités sanitaires en matière de police judiciaire et de l'Etat.*

» 17. Les membres des autorités sanitaires exerceront les fonctions d'officier de police judiciaire exclusivement, et pour tous crimes, délits et contraventions, dans l'enceinte et les parloirs des lazarets et autres lieux réservés. Dans les autres parties du ressort de ces autorités, ils les exerceront concurremment avec les officiers ordinaires, pour les crimes, délits et contraventions en matière sanitaire.

» 18. Les autorités sanitaires connaîtront exclusivement, dans l'enceinte et les parloirs des lazarets et autres lieux réservés, sans appel ni recours en cassation, des contraventions de simple police. Des ordonnances royales régleront la forme de procéder; les expéditions des jugemens et autres actes de la procédure seront délivrées sur papier libre et sans frais.

» 19. Les membres desdites autorités exerceront les fonctions d'officiers de l'état civil dans les mêmes lieux réservés. Les actes de naissance et de décès seront dressés en présence de deux témoins, et les testamens conformément aux art. 985, 986 et 987 du Code civil. Expédition des actes de naissance et de décès sera adressée, dans les vingt-quatre heures, à l'officier ordinaire de l'état civil de la commune où sera situé l'établissement, lequel en fera la transcription.

» Tit. 4. *Dispositions générales.*

» 20. Les marchandises et autres objets déposés dans les lazarets et autres lieux réservés, qui n'auront pas été réclamés dans le délai de deux ans, seront vendus aux enchères publiques.

» Ils pourront, s'ils sont périssables, être vendus avant ce délai en vertu d'une ordonnance du président du tribunal de commerce, ou, à défaut, du juge de paix.

» Le prix en provenant, déduction faite des frais, sera acquis à l'Etat, s'il n'a pas été réclamé dans les cinq années qui suivront la vente ».

VII. Le premier usage que le roi a fait du pouvoir qui lui est attribué par cette loi, a été de rendre, le 22 mars 1822, une ordonnance par laquelle il a été dit que « les dispositions actuellement en vigueur pour prévenir l'invasion des maladies contagieuses, continueraient d'être exécutées jusqu'à ce qu'il en eût été autrement ordonné ».

Ensuite a paru, sous la date du 7 août de la même année, une autre ordonnance dont voici les termes :

« Tit. 1. *Règles communes à toutes les Provenances.*

» Art. 1. Les provenances par mer ne sont admises à libre pratique, qu'après que leur état sanitaire a été reconnu par les autorités ou agens préposés à cet effet.

» 2. Conformément à l'art. 2 de la loi du 3 mars 1822, cette admission, pour les provenances des pays sains, doit suivre immédiatement la vérification de leur état sanitaire, à moins d'accidens ou de communications de nature suspecte survenus depuis leur départ.

» 3. Ne sont pas réputés pays sains, outre ceux où règne une maladie pestilentielle, les pays qui y sont fréquemment sujets, ou dans lesquels on en soupçonne l'existence, ou qui sont en libre relation avec des lieux suspects, ou qui, reçoivent sans précautions des provenances suspectes, ou qui, venant d'être infectés, peuvent encore conserver et transmettre des germes contagieux.

» 4. Sont seuls exceptés des vérifications exigées par l'art. 1, tant que des circonstances extraordinaires n'obligent pas à les y soumettre,

» Sur les côtes de l'Océan, les bateaux pêcheurs, les bâtimens des douanes, et les navires qui font le petit cabotage d'un port français à un autre;

» Sur les côtes de la Méditerranée, les bâtimens des douanes qui ne sortent pas de l'étendue de leur direction.

» 5. Les provenances par terre ne doivent être soumises à faire reconnaître leur état sanitaire, que lorsqu'elles viennent de pays qui ne sont pas sains, et avec lesquels les

communications ont été restreintes, soit par une décision émanée de nous, soit provisoirement, en cas d'urgence, par les autorités sanitaires locales.

» 6. Les provenances qui, après que leur état sanitaire a été reconnu, ne sont point admises à libre pratique, soit parcequ'elles viennent de pays qui ne sont pas sains, soit parceque, depuis leur départ, des accidens ou des communications de nature suspecte ont altéré leur état sanitaire, sont placées sous l'un des trois régimes déterminés par l'art. 3 de la loi du 3 mars.

» 7. La classification, sous le régime de la patente brute et de la patente suspecte, entraine une Quarantaine de rigueur plus ou moins longue, avec les purifications d'usage, selon le degré d'infection ou de suspicion sanitaire.

» 8. La classification, sous le régime de la patente nette, entraine une Quarantaine d'observation, à moins qu'il ne soit certain que la police sanitaire est soigneusement exercée dans les pays d'où vient la provenance ainsi classée, auquel cas il y a lieu à prononcer son admission immédiate à libre pratique.

» 9. Sont également classés, sous l'un de ces trois régimes, les lazarets et autres lieux réservés, ainsi que les territoires qu'il devient nécessaire de frapper d'interdiction.

» 10. Les provenances non admises à libre pratique, soit parceque leur état sanitaire n'a pas encore été reconnu, soit parcequ'après cette reconnaissance elles ont été soumises à la Quarantaine, ainsi que les lieux réservés et territoires compris dans la classification prescrite par l'article précédent, restent en état de *séquestration*; et tout acte qui a pour *effet* de mettre les personnes ou les choses ainsi séquestrées en communication avec le territoire libre, doit être poursuivi conformément au tit. 2 de la loi du 3 mars.

» 11. L'état de libre pratique cesse à l'égard des personnes et des choses qui ont été en contact avec des personnes ou des choses se trouvant en état de séquestration sanitaire, sauf préjudice des peines encourues, si, après ce contact et avant d'avoir recouvré leur état de libre pratique, comme il sera dit à l'article suivant, il y a eu communication entre elles et le territoire.

» Ne seront point exempts des dispositions du présent article, les bâtimens compris dans les exceptions portées par l'art. 4, s'ils communiquent en mer avec des navires qui ne seraient pas en état de libre pratique.

» 12. L'état de séquestration ne finit que par la décision de l'autorité compétente, qui prononce l'admission à libre pratique, soit après la reconnaissance de l'état sanitaire à l'égard des provenances qui n'inspirent aucun soupçon, soit au terme de la Quarantaine à l'égard des autres, soit au terme des interdictions prononcées en vertu de l'art. 9.

» Tit. 2. *Provenances arrivant par mer.*

» 13. Tout navire arrivant d'un port quelconque, et quelle que soit sa destination, sera, sauf les cas d'exception déterminés par l'art. 4, porteur d'une patente de santé, laquelle fera connaître l'état sanitaire des lieux d'où il vient et son propre état sanitaire au moment où il en est parti.

» 14. Tout navire français ou étranger qui n'a point de patente de santé, est sujet, outre les mesures auxquelles son état sanitaire le soumet, à un surcroit de Quarantaine réglé selon les circonstances, et qui ne peut être moindre de cinq jours.

» 15. Les patentes sont délivrées en France par les administrations sanitaires, et dans les pays étrangers, en ce qui concerne les bâtimens français, par nos agens consulaires.

» 16. Les navires français qui partent d'un port étranger où il n'existe point d'agent consulaire, doivent se pourvoir d'une patente délivrée par les autorités du pays, et la faire ultérieurement certifier par lesdits agens qui se trouvent dans les ports où leur navigation les conduit.

» 17. Les patentes de santé doivent être visées dans tous les lieux de relâche, à l'effet de constater l'état sanitaire du pays et du navire.

» En cas d'un séjour prolongé au-delà de cinq jours, après la délivrance ou le *visa* de la patente, soit dans le lieu du départ, soit dans celui de relâche, un nouveau *visa* devient nécessaire.

» 18. Les navires porteurs de patentes faturées, surchargées, ou présentant toute autre altération, seront soumis à une surveillance particulière, sans préjudice d'une augmentation de Quarantaine, et des poursuites à diriger, selon les cas, contre le capitaine ou le patron, et, en outre, contre tous auteurs desdites altérations.

» 19. Il est défendu à tout capitaine

» 1° De se dessaisir de la patente prise au point de départ, avant d'être arrivé à celui de sa destination;

» 2° De prendre et d'avoir à bord d'autre patente que celle qui lui a été délivrée audit départ;

» 3° D'embarquer sur son bord aucun

passager qui ne se serait pas muni d'un bulletin de santé, ni aucun marin ou autre individu qui paraîtrait atteint d'une maladie contagieuse;

» 4° De recevoir des hardes à bord, sans s'être assuré d'où elles viennent, et qu'elles n'ont pas servi à l'usage de personnes attaquées d'un mal contagieux.

» 20. Il est enjoint à tout officier de santé d'un navire, et, à défaut, au capitaine ou patron, de prendre note, sur le journal de bord, de toutes les maladies qui pourraient s'y manifester, ainsi que de différens symptômes qui se feraient remarquer.

» 21. En cas de décès, après une maladie pestilentielle, tous les effets susceptibles qui auraient servi au malade dans le cours de cette maladie, seront, si le navire est au mouillage, brûlés et détruits, et, s'il est en route, jetés à la mer avec les précautions suffisantes pour qu'ils ne puissent surnager.

» Les autres effets dont l'individu décédé n'aurait point fait usage, mais qui se seraient trouvés à sa disposition, seront soumis immédiatement à l'évent, à la fumigation, ou mis à la traîne, ainsi que les effets dont aurait fait usage un individu qui aurait été attaqué d'une telle maladie, sans y avoir succombé.

» 22. Il sera fait mention, dans le journal de bord, de l'exécution des mesures indiquées par l'article précédent; il y sera également fait mention des communications qui auraient eu lieu en mer, ainsi que de tous les événemens qui auraient eu un rapport direct ou indirect avec la santé publique.

» 23. Tout capitaine arrivant dans un port français est tenu

» 1° D'empêcher toute communication avant l'admission à libre pratique;

» 2° De se conformer aux règles de la police sanitaire, ainsi qu'aux ordres qui lui seront donnés par les autorités chargées de cette police;

» 3° D'établir son navire dans le lieu réservé qui lui sera indiqué;

» 4° De se rendre, aussitôt qu'il y sera invité, auprès des autorités sanitaires, en attachant à un point apparent de son canot, bateau ou chaloupe, une flamme de couleur jaune, à l'effet de faire connaître son état de suspicion et d'empêcher toute approche;

» 5° De produire auxdites autorités tous les papiers de bord, de répondre, après avoir prêté serment de dire la vérité, à l'interrogatoire qu'elles lui feront subir, et de déclarer tous les faits, tous les renseignemens venus à sa connaissance, qui pourront intéresser la santé publique.

» 24. Seront soumis à de semblables interrogatoires et obligés à de semblables déclarations, les gens de l'équipage et les passagers, toutes les fois que cela sera jugé nécessaire.

» 25. Doivent se conformer aux ordres et aux instructions des mêmes autorités, les pilotes qui se rendent au-devant des navires pour les guider, ainsi que toutes embarcations qui, en cas de naufrage ou de péril, iraient à leur secours.

» 26. Les défenses résultant du présent titre et du titre précédent ne feront point obstacle aux visites des agens des douanes, soit dans les ports, soit dans les quatre lieues des côtes, sauf toute application que de droit auxdits agens et à leurs embarcations, des art. 11 et 12, si par ces visites ils perdent leur état de libre pratique.

» Tit. 3. *Provenances arrivant par terre.*

» 27. Les provenances par terre de pays avec lesquels les communications auront été restreintes, seront, selon le cas, accompagnées de passe-ports, bulletin de santé et lettres de voiture, délivrés et visés par qui de droit, et faisant connaître, soit par leur contenu, soit dans leur *visa*, l'état sanitaire des lieux d'où viennent ces provenances, de ceux où elles ont stationné ou séjourné, ainsi que la route qu'elles ont suivie.

» Ces pièces, si elles sont délivrées en pays étranger, devront être certifiées par les agens français, partout où il s'en trouvera.

» 28. Tout conducteur de voitures, de bestiaux ou d'un chargement quelconque, sera tenu de se procurer lui-même et de veiller à ce que chaque individu qu'il conduira se procure les passe-ports, bulletins de santé ou lettres de voiture exigés par l'article précédent. Il ne pourra se charger de personnes qui n'en seraient point pourvues, ni de conduire des animaux, des marchandises ou tous autres objets matériels, dont le nombre, l'espèce et les quantités n'y seraient point mentionnés.

» 29. Celles de ces pièces qui seraient surchargées, raturées ou altérées de toute autre manière, donneront lieu à une surveillance particulière, sans préjudice d'une prolongation de Quarantaine et des poursuites à exercer selon les cas.

» 30. Les conducteurs devront faire constater par les autorités compétentes les maladies auxquelles succomberaient pendant le voyage, ou dont seraient seulement atteints, les hommes et les animaux placés sous leur conduite, ainsi que les symptômes particuliers de ces maladies.

» Ils devront faire brûler les effets qui auraient servi, pendant son cours, aux personnes décédées d'une maladie pestilentielle, et déposer, pour être purifiées, les hardes de celles qui n'auraient été qu'attaquées d'une telle maladie.

» 31. Les individus arrivant par terre de pays avec lesquels les communications auront été restreintes, les conducteurs de voitures, d'animaux, de marchandises ou d'objets matériels quelconques, seront tenus, à leur arrivée sur la ligne sanitaire,

» 1° De se conformer aux réglemens et aux ordres des autorités sanitaires;

» 2° De ne se permettre aucune communication avant l'admission à libre pratique, et d'employer tous les moyens qui pourront dépendre d'eux pour les éviter;

» 3° De rester dans le lieu réservé qui leur sera indiqué;

» 4° De produire aux autorités compétentes tous les papiers concernant leur état sanitaire, et tous ceux pouvant intéresser la santé publique, dont ils seront porteurs;

» 5° De prêter serment de dire la vérité dans les interrogatoires auxquels ils seront soumis, et de déclarer dans ces interrogatoires tous les faits venus à leur connaissance, qui pourraient intéresser la santé publique.

» Tit. 4. *Des Quarantaines.*

» 32. Les Quarantaines sont d'observation ou de rigueur, les unes et les autres plus ou moins longues, plus ou moins sévères, selon les saisons, les lieux où elles sont prescrites, les objets susceptibles de contagion ou non susceptibles qui font partie des provenances, la durée et les autres circonstances du voyage.

» 33. Les provenances classées sous le régime de la patente nette peuvent être soumises à des Quarantaines d'observation, de deux à dix jours sur les côtes de l'Océan et de la Manche, et de trois à quinze jours sur les côtes de la Méditerranée, ainsi que sur les frontières de terre et les autres lignes de l'intérieur où les communications auraient été restreintes.

» 34. Les provenances classées dans le régime de la patente suspecte et dans le régime de la patente brute doivent être soumises à des Quarantaines de rigueur avoir :

» Sur les côtes de l'Océan et de la Manche, de cinq à vingt jours pour la patente suspecte, et de dix à trente jours pour la patente brute;

» Sur les côtes de la Méditerranée, les frontières de terre et les lignes de l'intérieur, de dix à trente jours pour la patente suspecte, et de quinze à quarante jours pour la patente brute.

» 35. Les provenances qui, pendant leur Quarantaine, auront communiqué avec d'autres provenances soumises à une Quarantaine plus rigoureuse, subiront, selon la gravité des cas et sans préjudice des peines encourues, une prolongation qui ne pourra excéder le temps restant à courir à la provenance avec laquelle elles auront communiqué.

» 36. Si des symptômes pestilentiels viennent à se développer dans des provenances déjà en Quarantaine, celle-ci devra recommencer, et pourra même, selon les circonstances, être portée à un plus long terme.

» 37. Toutes les fois que, postérieurement à la fixation des Quarantaines, des faits annonçant un plus haut degré de suspicion viendront à la connaissance des autorités sanitaires, elle devront, en énonçant ces faits dans leurs décisions, classer, s'il y a lieu, les provenances sous un régime différent, ou seulement les soumettre, dans le même régime, à une observation ou à une purification plus prolongée.

» 38. Lorsque l'état sanitaire d'une provenance permettra de la classer dans le régime de la patente nette, et ne la soumettra par conséquent qu'à une Quarantaine d'observation, celle-ci pourra avoir lieu pour les arrivages par mer, à moins de circonstances extraordinaires, et sauf l'exception qui sera déterminée ci-après, dans tous les ports et rades de notre royaume.

» 39. Lorsque l'état sanitaire entraînera le régime de la patente suspecte ou brute, la Quarantaine ne pourra être subie que dans les ports et rades qui seront désignés à cet effet par notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur.

» 40. Seront pareillement désignés les points qui, en cas de restriction des communications sur les frontières de terre ou dans l'intérieur, devront servir aux Quarantaines, soit d'observation, soit de rigueur.

» 41. Les autorités sanitaires pourraient refuser l'admission en Quarantaine, si les lazarets ou autres lieux à ce destinés ne présentaient point de suffisantes garanties, s'ils étaient déjà encombrés, en proie à l'infection ou menacés de l'être, ou bien si la provenance était elle-même tellement infectée, qu'elle ne pût être admise sans danger pour la santé publique.

» 42. Le refus devra être, autant que possible, accompagné de l'indication du lieu le plus voisin où la provenance pourra être ad-

mise, à moins qu'il ne résulte évidemment de son état sanitaire qu'il y a impossibilité absolue de purifier, conserver ou transporter sans danger les animaux et objets matériels susceptibles de transmettre la contagion ; auquel cas l'autorité compétente devrait examiner si l'intérêt de la santé publique n'exige point leur destruction, conformément à l'art. 5 de la loi du 3 mars.

» 43. Toutes les fois que le degré d'infection des provenances obligera à l'application dudit art. 5 de la loi du 3 mars, le propriétaire, ou celui qui le représentera, sera admis à opposer telles observations qu'il jugera utiles, lesquelles devront être appréciées et consignées dans le procès-verbal exigé par le même article, ainsi que les faits et les motifs qui auront déterminé la décision, dont il sera immédiatement rendu compte, avec toutes pièces, au préfet, et par lui à notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur.

» 44. Défenses sont faites à tout capitaine de navire provenant des échelles du Levant ou des côtes de Barbarie, sur les deux mers, d'aborder ailleurs que dans les ports de Marseille et de Toulon, jusqu'à ce qu'il ait pu être établi, dans d'autres ports du royaume, des lazarets susceptibles de recevoir lesdites provenances.

» Les autorités sanitaires feront observer lesdites défenses, tant qu'elles n'auront pas reçu d'ordres contraires.

» 45. Les seuls membres ou agens des autorités sanitaires auront l'entrée des lazarets et autres lieux réservés pendant la séquestration.

» Ils ne pourront, si cette entrée ou tout autre acte de leurs fonctions les oblige à une communication suspecte, recouvrer leur libre pratique qu'après la Quarantaine exigée.

» 46. L'entrée desdits lazarets et lieux réservés pourra, en cas de nécessité, être accordée à toute autre personne par une permission du président semainier, laquelle sera toujours donnée par écrit, à la condition de la Quarantaine s'il y a lieu, et devra déterminer, selon les besoins, jusqu'à quel point le porteur pourra avoir accès.

» 47. Les intendances et les commissions détermineront, autour des lazarets et autres lieux réservés placés sous leur direction, la ligne où finira la libre pratique. Cette ligne restera défendue, soit par un mur d'enceinte, soit par des palissades, soit par des poteaux assez évidens et assez rapprochés pour avertir les citoyens du danger et des peines auxquels ils s'exposent, s'ils passent outre.

» Tit. 5. *autorités sanitaires ; attributions et ressort desdites autorités.*

» 48. La police sanitaire locale est exercée, sous la surveillance des préfets, par des intendances et par des commissions, dont le nombre et le ressort seront ultérieurement déterminés.

» 49. L'exercice immédiat de cette police appartiendra aux intendances dans l'étendue de la circonscription assignée à leur chef-lieu ; partout ailleurs il appartiendra aux commissions sanitaires.

» Celles de ces commissions qui seront placées dans le ressort d'une intendance, agiront sous sa direction immédiate ; les autres agiront sous la direction immédiate des préfets.

» 50. Les intendances feront, en exécution de nos ordonnances, les réglemens locaux jugés nécessaires.

» Ces réglemens seront transmis aux préfets, et soumis par eux, avec leurs avis, à notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, pour recevoir son approbation : néanmoins, en cas d'urgence, ils seront provisoirement exécutoires sur l'autorisation des préfets.

» Hors des ressorts des intendances, les réglemens seront faits par les préfets, après avoir consulté les commissions. Ils devront également être soumis à l'approbation de notre ministre de l'intérieur, et ne seront provisoirement exécutés qu'en cas d'urgence.

» 52. Les réglemens faits par une intendance qui aura plusieurs départemens dans son ressort, devront être transmis séparément au préfet de chacun de ces départemens, et ne pourront recevoir que par cette voie, soit l'autorisation provisoire en cas d'urgence, soit l'approbation définitive, comme il est dit ci-dessus.

» 53. Les décisions particulières des intendances ou des commissions, pour l'application aux provenances des présentes règles ou des réglemens locaux, exprimeront toujours les motifs qui les auront déterminées, et devront être rendues et notifiées sans retard.

» 54. Les notifications seront faites, c'est un navire, au capitaine ou au patron ; si c'est un transport par terre, à l'individu chargé de sa conduite ; si c'est un territoire ou un lieu réservé, à celui qui y exercera immédiatement la police ; si c'est une maison, à son propriétaire ou à celui qui le représentera ; si c'est une personne isolée, à elle-même.

» 55. Il sera formé près de notre ministre de l'intérieur, pour être consulté par lui sur

les matières sanitaires, un conseil supérieur de santé, dont les membres, au nombre de douze, seront nommés par nous.

» Il sera attaché audit conseil un secrétaire pris hors de son sein, et dont la nomination sera faite et le traitement fixé par notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, qui présidera ce conseil et désignera parmi ses membres un vice-président.

» 56. Les intendances seront composées de huit membres au moins et de douze au plus, nommés par notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur;

» Les commissions, de quatre membres au moins et de huit au plus, nommés par les préfets.

» 57. Les intendances et les commissions seront renouvelées tous les trois ans par moitié. Leurs délibérations exigeront la présence de la moitié plus un de leurs membres, et devront être prises à la majorité absolue des suffrages. Les membres sortans pourront être réélus.

» 58. Seront présidens nés des intendances et des commissions, les maires des villes où elles siégeront.

» Auront aussi droit d'assister, avec voix délibérative, aux séances, soit des unes, soit des autres, lorsqu'ils seront employés dans leur ressort, 1° le plus élevé en grade d'entre les officiers généraux ou supérieurs attachés à un commandement territorial; 2° dans les ports militaires, les commandans et intendans ou ordonnateurs de la marine, et, dans les ports de commerce, le commissaire de la marine chargé en chef du service maritime; 3° les directeurs, ou, à défaut, les inspecteurs des douanes employés dans ledit ressort.

» 59. Les intendances et les commissions auront sous leurs ordres, pour le service immédiat qui leur sera confié, leurs secrétaires, les officiers de lazaret, les médecins et interprètes, les agens sanitaires préposés à la surveillance des côtes, et les gardes de santé destinés à être placés à bord des navires, dans les lazarets et autres lieux réservés.

» 60. Les intendances et les commissions ont, outre leur président né, un président semainier et un vice-président chargé de remplacer celui-ci en cas d'empêchement, l'un et l'autre renouvelés tous les huit jours, et pris à tour de rôle sur un tableau dressé tous les six mois par chaque intendance et par chaque commission.

» 61. Le président semainier est chargé de la direction et du détail des affaires pendant sa présidence.

» Il se tient assidument à son poste.

» Il veille au maintien des réglemens, et assure l'exécution des délibérations.

» Il fait observer l'ordre et la discipline dans les lazarets et autres lieux réservés.

» Il fait reconnaître l'état sanitaire des provenances, leur donne la libre entrée s'il y a lieu, ou les retient en séquestration jusqu'à décision de l'assemblée, suivant les circonstances.

» Il pourvoit, dans les cas urgens, aux dispositions provisoires qu'exige la santé publique, et convoque immédiatement l'assemblée, qui seule peut prendre les mesures définitives.

» Il signe, en vertu des délibérations prises, l'ordre de mettre en libre pratique les provenances qui ont terminé leur Quarantaine.

» Il délivre et vise les patentes et bulletins de santé, et y fait apposer, avec sa signature, celle du secrétaire, et le sceau de l'administration.

» Il fait tenir, par le secrétaire, note de toutes ses décisions, et en rend compte aux séances ordinaires, lesquelles doivent avoir lieu au moins tous les huit jours.

» 62. Les secrétaires, les officiers de lazaret, les médecins, agens sanitaires et gardes de santé, sont aux ordres du président semainier, ou, à son défaut, du vice-président en exercice; ils n'en peuvent recevoir que d'eux, ou de l'intendance ou de la commission dont ils dépendent.

» 63. Les aumôniers, les secrétaires, les officiers des lazarets et les agens sanitaires, sont respectivement nommés, soit par les intendances, soit par les commissions : leur nomination doit être approuvée par le préfet.

» La nomination des gardes de santé, faite de même par les intendances et par les commissions, n'est soumise à aucune approbation.

» 64. Les mêmes formes sont observées pour la révocation des uns et des autres, ainsi que pour fixer leur traitement ou leurs vacations.

» Néanmoins, la fixation de traitement et les tarifs des vacations doivent être déférés à notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, qui peut prescrire telle réduction qu'il juge nécessaire dans les quotités des sommes et dans le nombre des employés.

» 65. Les agens sanitaires sont chargés, sur les divers points du littoral et des lignes

de l'intérieur où il est jugé nécessaire d'en placer, de veiller à l'accomplissement des règles sanitaires, d'empêcher leur infraction, de constater ces infractions par procès-verbal, d'avertir et d'informer les administrations dont ils dépendent de tout ce qui peut intéresser la santé publique, et d'exercer telles autres fonctions qui pourront leur être confiées dans les réglemens locaux, mais seulement pour les cas d'urgence.

» 66. Seront déterminés dans les mêmes réglemens les fonctions et le nombre des autres employés placés sous les ordres des mêmes administrations.

» 67. Les préposés des douanes ayant au moins le grade de lieutenant peuvent, du consentement de leur directeur, être nommés agens sanitaires, et les simples préposés, gardes de santé : les uns et les autres jouiront, à ce titre, lorsqu'il leur sera conféré, d'un supplément de traitement.

» 68. Ont le droit de requérir la force publique, pour le service qui leur est confié, les intendances et les commissions sanitaires, leurs présidens semainiers et vice-présidens pendant qu'ils sont en exercice.

» Les mêmes ont le droit de requérir, mais seulement dans les cas d'urgence et pour un service momentané, la co-opération des officiers et employés de la marine, des employés des douanes et des contributions indirectes, des officiers des ports de commerce, des commissaires de police, des gardes champêtres et forestiers, et, au besoin, de tous les citoyens.

» Ne pourront lesdites réquisitions d'urgence enlever à leurs fonctions habituelles des individus attachés à un service public, à moins d'un danger assez imminent pour exiger le sacrifice de tout autre intérêt.

» Les agens sanitaires ne peuvent requérir la force publique qu'en leur qualité d'officiers de police judiciaire, ou, s'il y avait lieu, pour repousser une violation imminente du territoire, qui ne pourrait l'être que par la force.

» 69. Toutes les fois qu'il sera nécessaire de requérir extraordinairement, pour un service sanitaire de durée, les officiers ou employés de la marine, les employés des douanes et tous autres employés publics, les ordres devront émaner, sur la demande de notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, de ceux de nos autres ministres desquels dépendront lesdits officiers ou employés.

» 70. L'intendance de Marseille conservera son ressort et la composition actuelle de ses membres. Il sera procédé à leur renouvellement conformément aux règles qui précèdent.

» 71. Seront nommés par notre ministre secrétaire d'état de la marine les officiers et autres agens des lazarets exclusivement réservés pour nos bâtimens de guerre.

» Tit. 6. *Police judiciaire, état civil, jugemens de simple police.*

» 72. Les fonctions de police judiciaire attribuées, par l'art. 17 de la loi du 3 mars, aux membres des autorités sanitaires, seront exercées, dans le ressort de chaque intendance, de chaque commission, par chacun de leurs membres, et, concurremment avec eux, par les capitaines de lazaret, et par les agens sanitaires dans les lieux où ils seront employés.

» Les uns et les autres ne pourront exercer lesdites fonctions qu'après avoir prêté serment devant le tribunal civil.

» 73. Les jugemens à rendre par lesdites autorités en matière de simple police, et en vertu de l'art. 18 de la même loi, le seront par le président semainier, assisté des deux plus âgés d'entre ses collègues, le ministère public étant rempli par le capitaine du lazaret, ou, à défaut, par le plus jeune membre de l'intendance ou de la commission, et le secrétaire de l'une ou de l'autre faisant les fonctions de greffier.

» 74. Les citations aux contrevenans et aux témoins seront faites par un simple avertissement, écrit du président semainier, conformément aux art. 169 et 170 du Code d'instruction criminelle.

» 75. Le contrevenant devra comparaître par lui-même ou par un fondé de pouvoirs. En cas de non-comparution, si elle n'est point occasionée par un empêchement résultant des règles sanitaires, il sera jugé par défaut. Si le contrevenant est empêché par cette cause, il sera sursis au jugement jusqu'à la fin de la Quarantaine, à moins que ce ne soit un employé du lazaret ou de tout autre lieu réservé, obligé, par la nature de ses fonctions, à une séquestration habituelle, auquel cas, s'il n'a pas désigné de fondé de pouvoirs, il lui en sera donné un d'office.

» 76. Un garde de santé, commissionné à cet effet par le président semainier, sera chargé de notifier les citations et les jugemens.

» Seront au surplus observés, en tout ce qui ne sera pas contraire au tit. 3 de la loi du 3 mars et aux présentes dispositions, les art. 146, 147, 148, 149, 150, 151, 153, 154,

155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164 et 165 du Code d'instruction criminelle.

» 77. Les fonctions de l'état civil, objet de l'art. 19 de la loi du 3 mars, seront remplies par le président semainier, assisté du secrétaire.

» Tit. 7. *Dispositions générales.*

» 78. Il est enjoint à tous nos agens au dehors de se tenir informés et d'instruire notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, par la voie du département des affaires étrangères, des renseignemens qui importeront à la police sanitaire de notre royaume. S'il y avait *péril*, ils devraient en même temps avertir l'autorité française la plus voisine ou la plus à portée des lieux qu'ils jugeraient menacés.

» 79. Il est pareillement enjoint aux administrations sanitaires de se donner réciproquement les avis nécessaires au service qui leur est confié; à tous nos agens dans l'intérieur, de prévenir qui de droit des faits à leur connaissance qui intéresseraient la santé publique; à tous les médecins d'hôpitaux, ainsi qu'à tous autres, et en général à tous nos sujets, qui seraient informés d'un symptôme de maladie pestilentielle, d'en avertir les administrations sanitaires, et, à défaut, le maire du lieu, lequel, dans ce cas, devrait prendre ou provoquer les mesures que les circonstances commanderaient.

» 80. Notre ministre secrétaire d'état de la marine pourvoira, en se conformant aux présentes règles, au service sanitaire dans nos colonies. Les agens supérieurs de ce service lui adresseront, pour être immédiatement transmis à notre ministre secrétaire d'état de l'intérieur, tout ce qui pourra intéresser la police sanitaire du royaume.

» 81. Toutes infractions aux obligations prescrites par la présente ordonnance, par les réglemens locaux dûment exécutoires, ou par les ordres émanés des autorités compétentes, seront poursuivies, pour être, selon la gravité des cas, punies conformément aux dispositions du tit. 2 de la loi du 3 mars.

» Tous dépositaires de l'autorité et de la force publique, tous agens publics, soit au dedans, soit au dehors, qui seraient avertis desdites infractions, sont tenus d'employer les moyens en leur pouvoir pour les prévenir, pour en arrêter les effets et pour en procurer la répression.

» 82. Notre ministre secrétaire d'état au département de l'intérieur donnera les ordres et instructions nécessaires à l'exécution des présentes dispositions.

» En attendant que les autorités sanitaires puissent être partout établies et organisées, conformément aux tit. 5 et 6 qui précèdent, leurs fonctions seront exercées par les autorités administratives, et par les administrations sanitaires déjà existantes, chacune selon l'ordre de ses attributions, et conformément à notre ordonnance du 27 septembre 1821 ».]]

[[QUART, TIERS ou DEMI-RAISIN. On appelle ainsi, dans quelques contrées de la rive gauche du Rhin, qui étaient réunies à la France avant le traité de Paris du 30 mai 1814, des redevances consistant, les unes dans le quart, les autres dans le tiers, d'autres dans la moitié du produit des vignes dont sont plantées les terres qui en sont grevées.

Quelle est la nature de ces redevances? Sont-elles féodales, ou mélangées de féodalité, et comme telles abolies par la loi du 17 juillet 1793? Ou sont-elles simplement foncières?

La régie de l'enregistrement et des domaines ayant fait annoncer, par affiches, l'adjudication publique des droits de *demi*, de *tiers* et de *Quart-raisin* à percevoir, en 1803, sur les vignobles situés à Kinheim, arrondissement de Trèves, Laurent Comes et Jean-Pierre Keil, possesseurs de ces vignobles, se sont pourvus contre le préfet du département de la Sarre, et l'ont fait assigner pour voir dire que ces droits avaient été abolis, soit comme féodaux, soit comme mélangés de féodalité, par les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793.

A l'appui de cette prétention, ils ont exposé que l'état ne réclamait ces droits que comme subrogé aux ci-devant seigneurs de Kinheim; que, dans la main d'un ci-devant seigneur, de pareilles redevances devaient, jusqu'à la preuve du contraire, être présumées avoir eu originairement un caractère féodal; que par conséquent l'état était non-recevable à en demander la continuation, à moins qu'il ne prouvât, par un titre primordial, qu'elles avaient une origine purement foncière.

Pour répondre à cette assignation, le préfet du département de la Sarre a produit un extrait du livre terrier et du rôle des anciennes contributions de la commune de Kinheim, duquel il résultait que Laurent Comes et Jean-Pierre Keil tenaient différentes vignes à *demi-raisin* de l'abbaye d'Echternach, de celle de Saint-Thomas, des chapitres de Cologne et de Springiersbach, et à *tiers-raisin* de l'abbaye de Hemmerode. Il a aussi rappelé l'arrêté du commissaire général du gouvernement dans les quatre départemens de la rive

gauche du Rhin, en date du 18 messidor an 10, dont l'art. 1er porte que « les propriétaires de » rentes purement foncières, c'est-à-dire, » assises sur des biens-fonds, qui en étaient » en possession lors de l'entrée des troupes » françaises dans les quatre départemens, ou » depuis cette époque, et qui, par suite de » l'arrêté du commissaire général du gouver- » nement, du 17 pluviôse dernier, voudront » répéter les arrérages desdites rentes, échus » antérieurement à l'an 9, ne pourront, en » cas de contestation, être tenus à produc- » tion du titre primitif ou constitutif desdites » rentes, mais seulement à celle d'un titre » récognitif ou déclaratoire, tel que juge- » ment, quittance, livre terrier, contrat de » vente, bail, contrat de mariage, testament, » inventaire ou partage de succession, compte » ou registre de collecte, etc.; et sauf de la » part du *censitaire* ou débiteur de la rente » réclamée, à faire la preuve par écrit du » rachat légal de ladite rente, depuis les » époques précitées, ou bien qu'elle est d'o- » rigine féodale ».

Le 13 pluviôse an 12, le tribunal de première instance de Trèves pose ainsi les questions à juger :

« 1° La propriété des second et troisième raisins dont il s'agit, est-elle prouvée au profit de la république?

» 2° Cette redevance est-elle purement foncière, ou est-elle infectée de féodalité?

» 3° Dans le cas de doute sur cette dernière question, les demandeurs en opposition peuvent-ils être tenus de prouver la féodalité de ladite redevance; ou, au contraire, est-ce au préfet à prouver, par la production du titre primordial, que cette redevance est purement foncière et non infectée de féodalité » ?

Et voici comment il prononce sur chacune de ces questions :

« Considérant, sur la première, que la possession de la république n'étant pas déniée, elle ne paraît pas douteuse;

» Sur la seconde, qu'il n'est pas prouvé que les redevances des second et troisième raisins dont il s'agit, sont purement foncières et non féodales;

» Sur la troisième, que l'arrêté du commissaire général, du 18 messidor an 10, est de sa nature, dérogatoire à tous les principes reçus, qui établissent d'une manière certaine, que c'est au demandeur de justifier sa prétention, de même que la légitimité d'icelle; que, par son arrêté du 30 frimaire dernier, le gouvernement paraît avoir dérogé à celui du commissaire général, en ce qu'il a annulé des redevances de même nature que celles dont il s'agit, sur le vu *des titres consentis* entre les parties, par le motif que ces mêmes titres contenaient des redevances féodales; *que cet arrêté ayant force de loi, est exécutoire* dans ce département; que, d'après la législation établie dans ce dernier arrêté, celle qui avait été introduite par l'arrêté du commissaire général, du 18 messidor an 10, se trouve impraticable; et que, d'après toutes les règles de droit, c'est au demandeur, d'établir la légitimité de sa demande; d'où il suit que c'est au défendeur sur opposition, seul intéressé à la conservation de ses droits, à produire le titre constitutif de la redevance dont s'agit, passé au profit de ceux auxquels a succédé la république qu'il représente;

» Considérant qu'il résulte des pièces produites par les demandeurs en opposition, et non contestées par le défendeur, que ceux aux droits desquels la république a succédé, ont été en possession de droits féodaux dans la même commune;

» Par ces motifs, le tribunal, avant faire droit, ordonne au défendeur de produire le titre constitutif de la redevance des second et troisième raisins dont il a été annoncé l'adjudication; auquel effet la cause est renvoyée au 30 de ce mois ».

A l'audience du 30, le préfet déclare n'avoir pu recouvrer le titre constitutif; et en conséquence, jugement qui déclare supprimés les droits de second et troisième raisins. Appel.

Le 12 prairial an 12, arrêt de la cour d'appel de Trèves, ainsi conçu :

« La contestation présente les questions suivantes :

» 1° L'appelant, en la qualité qu'il s'agit, est-il tenu de produire le titre constitutif de la redevance réclamée, ou simplement le titre récognitif?

» 2° Les portions de fruits connus sous le nom de second et troisième raisins, sont-elles une redevance foncière?

» 3° Cette redevance est-elle mélangée de féodalité?

» Attendu, sur la première question, que l'arrêté du commissaire général, en date du 18 messidor an 10, n'a été ni suspendu ni rapporté par aucune loi; que ses dispositions ne sont contraires, ni à l'avis du conseil d'état du 30 pluviôse an 11, ni à l'arrêté du gouvernement du 30 frimaire dernier, lesquels ne statuent nullement sur l'exhibition du titre constitutif; d'où il suit que les premiers juges auraient dû faire l'application dudit arrêté du commissaire général, et ad-

mettre le titre récognitif produit par l'appelant;

» Sur la seconde question, que, d'après même les actes fournis respectivement par les parties, le seigneur ou le roturier qui donnait ses vignes à bail, se réservait le droit de résiliation, si le colon négligeait la culture des vignes, ou s'il se permettait de les engager, hypothéquer ou aliéner sans son consentement; qu'ainsi, restant toujours propriétaire, la moitié ou le tiers-raisin que le bailliste lui livrait annuellement, ne peut être assimilé aux rentes ou cens perpétuel stipulés par contrats d'arrentement ou acensement; mais bien aux canons des baux temporaires ou emphytéotiques; jurisprudence d'ailleurs observée par la chambre impériale de Wetzlaer, rapportée par Cramer, dans son ouvrage intitulé *Neben Steunden*, part. 12, art. 6, §. 3; d'où il suit que les premiers juges auraient dû reconnaître l'essence foncière de la redevance contestée;

» Sur la troisième question, que les actes produits par les intimés, n'établissent pas la véritable nature d'un mélange de féodalité, à l'égard des second et troisième raisins dont il s'agit, et que les droits féodaux mentionnés dans lesdits documens, sont relatifs à d'autres objets qui n'ont aucune relation avec les canons des baux à vignes;

» Par ces motifs, la cour dit qu'il a été mal jugé....; émendant, déboute les intimés de l'opposition par eux formée à l'adjudication des second et troisième raisins faite par la régie des domaines.... ».

Laurent Comes et Jean-Pierre Keil se pourvoient en cassation.

« *Ils débutent dans leur mémoire* (ai-je dit à l'audience de la section des requêtes, le 9 floréal an 13) par une critique aussi mal fondée qu'inutile, de la partie des motifs de l'arrêt attaqué, dans laquelle il est dit que l'arrêté du commissaire général, du 18 messidor an 10, est obligatoire dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin.

» Cette critique est mal fondée: car 1° les quatre départemens de la rive gauche du Rhin ont été, jusqu'au 1er vendémiaire an 11, gouvernés comme pays conquis; et par conséquent tous les arrêtés que le gouvernement y a pris, soit par lui-même, soit par l'organe de ses commissaires généraux, y ont eu, dès leur émanation, toute l'autorité de lois proprement dites. 2° Ces arrêtés n'ont pas été révoqués depuis que les quatre départemens de la rive gauche du Rhin sont gouvernés constitutionnellement; ils continuent par conséquent d'y faire loi, comme font encore loi dans la Belgique, jusqu'à dérogation, ainsi que le déclare expressément un décret de la convention nationale du 3 brumaire an 4, tous les arrêtés que le comité de salut public et les représentans du peuple, près les armées du Nord et de Sambre-et-Meuse, y avaient fait publier avant la réunion de ce pays à la république.

» Cette critique est inutile; car l'arrêté du 18 messidor an 10 n'introduit dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, aucune espèce d'innovation: il ne proclame dans ces départemens, que des principes conformes à l'esprit des lois qui ont aboli en France le régime féodal.

» Quelles sont, en effet, les dispositions de cet arrêté, ou du moins du premier de ses articles? Par l'une, il déclare que, pour justifier l'assujétissement d'un héritage à une rente foncière, il n'est pas nécessaire de rapporter le *titre constitutif* de cette rente, et qu'il suffit d'en produire un *titre récognitif ou déclaratoire*. Par l'autre, il décide que l'existence de la rente foncière étant prouvée par celui qui en a été précédemment reconnu propriétaire, c'est *au censitaire ou débiteur de la rente réclamée*, à faire la preuve *qu'elle est d'origine féodale*.

» Or, dans la première de ces dispositions, il n'y a rien qui ne s'accorde parfaitement avec la législation française, avec la jurisprudence même de la cour. Nous pourrions citer à ce sujet plusieurs de vos arrêts; mais ils sont si récens, si notoires, et le principe qu'ils rappellent est si constant, que ce serait véritablement abuser des momens de votre audience.

» La seconde disposition est également en harmonie avec notre législation générale.

» Cela est d'abord de toute évidence, dans le cas où celui qui réclame une rente foncière, n'est pas ci-devant seigneur.

» Ensuite, la chose n'est pas moins certaine, dans le cas contraire, pour les pays où, comme dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, on ne connaissait pas la règle, *nulle terre sans seigneur*, où l'on vivait sous la maxime diamétralement opposée, *nul seigneur sans titre*, où la présomption de droit était toujours pour l'allodialité. Nous ne répéterons pas ici tout ce que nous avons dit là-dessus à votre audience du 11 germinal dernier. Il nous suffira de vous rappeler que la cour l'a ainsi jugé deux fois de la manière la plus positive: la première, par un arrêt du 3 pluviôse an 10, pour la ci-devant Alsace; la seconde, par un arrêt du 24 vendémiaire an 13, pour la ci-devant Auvergne.

» Enfin, ce qui démontre à la fois et le mal fondé et l'inutilité de la critique à laquelle les demandeurs se livrent par rapport à l'arrêté du 18 messidor an 10, c'est que les deux dispositions de cet arrêté sont expressément confirmées par le décret rendu à Mayence, le 9 vendémiaire an 13, pour les quatre départemens de la rive gauche du Rhin.

» L'art. 1er de ce décret commence par déclarer foncières et non féodales, jusqu'à la preuve du contraire, les cens et les rentes assis sur des biens-fonds, *pourvu qu'ils ne le soient pas sur la généralité des biens-fonds dépendans dans une même commune, du même seigneur;* restriction qui prouve évidemment que, hors le cas qu'elle a pour objet, les rentes foncières dues à des ci-devant seigneurs, sont aussi bien présumées non-féodales, que celles qui sont dues à des particuliers; et l'art. 4 ajoute que « les propriétaires des re» devances mentionnées en l'art. 1er » (c'est-à-dire des redevances présumées foncières et non féodales, jusqu'à la preuve du contraire), « et qui étaient en possession lors de l'entrée » des troupes françaises dans les quatre dé» partemens, ou depuis cette époque, ne » pourront être assujétis à aucune autre » preuve que celle prescrite par l'art. 1er du » réglement du 18 messidor an 10, et qui » consiste à produire un titre récognitif ou » déclaratoire, tel que livre de collecte, con» trat de vente, bail, contrat de mariage, in» ventaire ou partage de succession, comptes».

» Et remarquez, messieurs, que les demandeurs n'ont jamais contesté la possession de la république par rapport aux redevances dont il est ici question; voici d'ailleurs ce que porte à cet égard le jugement du tribunal de première instance : *considérant que la possession de la république* N'ÉTANT PAS DÉNIÉE, *elle ne paraît pas douteuse.*

» Ce premier moyen des demandeurs écarté, les trois autres qu'ils y joignent, ne nous arrêteront pas long-temps. Ils se réduisent tous trois à dire 1° que, d'après les lois des 25 août 1792 et 17 juillet 1793, on doit, dans le doute, présumer féodale ou mélangée de féodalité, toute rente foncière qui était ci-devant due à un seigneur; 2° que, dans le fait, c'était au profit de seigneurs que se percevaient ci-devant les redevances de moitié et de tiers-raisin dont il s'agit; 3° qu'elles étaient mélangées de droits essentiellement féodaux; 4° que d'ailleurs elles étaient féodales par la nature même de la concession dont elles étaient le prix.

» Mais de ces quatre propositions, la première est déjà démontrée fausse, tant par la jurisprudence de la cour, que par le réglement du 18 messidor an 10 et le décret du 9 vendémiaire dernier.

» La seconde est, d'après cela, parfaitement indifférente. Qu'importe en effet que les redevances litigieuses aient été dues ci-devant à de simples particuliers, ou à des seigneurs? Si elles étaient dues à de simples particuliers, l'art. 17 de la loi du 25 août 1792 veut qu'elles soient présumées non féodales; si elles étaient dues à des seigneurs, leur non féodalité résulte encore de l'allodialité bien constante des pays qui composent aujourd'hui les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, de la jurisprudence de la cour sur la nature présumée des rentes foncières dans les contrées allodiales, enfin du texte même du réglement du 18 messidor an 10 et du décret du 9 vendémiaire dernier.

» La troisième proposition, savoir, que ces redevances étaient mélangées de droits féodaux, n'est justifiée de la part des demandeurs, par aucun titre, par aucune pièce, par aucun document.

» Il est bien dit dans le jugement de première instance du 13 pluviôse an 12, que des pièces produites par les demandeurs et non contestées par le préfet du département de la Sarre, *il résulte que ceux auxquels la république a succédé, ont été en possession de droits féodaux dans la même commune;* mais les juges de première instance eux-mêmes n'ont pas dit que les droits féodaux possédés dans la commune de Kinheim par les prédécesseurs de la république, eussent été dus à raison des biens mêmes sur lesquels se percevaient les redevances de moitié et de tiers-raisin; encore moins que ces redevances fussent le prix de la même concession que les droits féodaux dont jouissaient ceux à qui elles appartenaient. Il y a plus : la cour d'appel a déclaré formellement *que les droits féodaux mentionnés dans les documens* produits par les demandeurs, étaient *relatifs à d'autres objets* qui n'avaient *aucune relation avec les canons des baux à vigne;* et là, par conséquent, s'applique avec la plus grande justesse l'art. 6 du décret du 9 vendémiaire, portant que *ne sera point admissible comme preuve de mélange de féodalité, un titre récognitif dans lequel les redevances foncières et les redevances féodales se trouveront énoncées distinctement et séparément, sans qu'il y ait de liaison entre l'une et l'autre énonciation.*

» Reste la quatrième proposition des demandeurs, que les droits de moitié et tiers-raisin étaient féodaux, par la nature même du contrat auquel ils devaient l'être.

» A cet égard, nous devons convenir que *la cour d'appel de Trèves n'a pas raisonné* bien exactement, quand elle a dit que le bailleur à moitié ou tiers-raisin demeurait toujours propriétaire du fonds, et que cela résultait de la faculté qu'il avait notoirement, d'après l'usage du pays, de résilier sa concession dans le cas où le preneur négligerait la culture des vignes, comme dans celui où il se permettrait de les aliéner, engager ou hypothéquer sans le consentement du bailleur même. Cette faculté du bailleur n'est nullement exclusive de la qualité de propriétaire dans la personne du preneur : elle rend seulement la propriété du preneur résoluble *dans les* deux cas; et tout le temps que le preneur ne se trouve ni dans l'un ni dans l'autre de ces cas, il est propriétaire, tout aussi bien que s'il avait acquis purement et simplement; il est propriétaire tout aussi bien que l'étaient, sous l'ancien régime, les possesseurs de terres érigées en duchés, tant que n'était pas arrivée, par l'extinction de leur descendance, la condition sous laquelle ces terres devaient se réunir au domaine de l'*État; il est* propriétaire, tout aussi bien que *le sont* encore aujourd'hui les possesseurs des ci-devant fiefs masculins de la ci-devant Alsace, tant que par l'extinction de leur postérité mâle, ces biens ne retournent pas dans la main du ci-devant seigneur suzerain (1).

» Mais de ce que le preneur à moitié ou tiers-raisin était propriétaire des fonds grevés de ces droits, s'ensuit-il que ces droits étaient féodaux?

» Pour qu'ils eussent le caractère de droits féodaux, il eût fallu qu'ils fussent le prix d'une concession par laquelle le seigneur en qui résidait le plein domaine des fonds, en eût aliéné le domaine utile, en s'en réservant la seigneurie directe.

» Or, on sent assez qu'en pays allodial, un pareil genre de concession ne se présume pas, et qu'il faut le prouver.

» Sans doute, de ce que le preneur ne pouvait ni engager, ni hypothéquer, ni aliéner sans le consentement du bailleur, il résulte une présomption que le preneur n'avait que le domaine utile des fonds. Mais ce n'est pas à dire pour cela que le bailleur s'en fût réservé la seigneurie directe proprement dite; ce n'est pas à dire pour cela que le bailleur n'eût pas borné sa réserve à ce que les lois romaines, qui certainement ne connaissaient ni fiefs ni seigneuries, appelaient *dominium directum;* ce n'est pas à dire pour cela que le bailleur eût concédé par bail à cens seigneurial, et non par bail à emphytéose perpétuelle.

» Dans les pays allodiaux, le seigneur était, comme tout autre, présumé tenir allodialement les fonds qui étaient situés dans son enclave, et dont aucun titre primordial, dont aucun titre récognitif, dont aucun dénombrement ne constatait la nature féodale. Il pouvait donc, en aliénant ces fonds, leur conserver le caractère allodial qu'ils avaient entre ses mains. Il pouvait donc, comme le propriétaire parfaitement libre de l'ancienne Rome, les aliéner par bail emphytéotique perpétuel, et par là, s'en réserver le domaine direct, sans pour cela retenir aucun droit, aucun signe de seigneurie.

» Or, à quels indices reconnaît-on si c'est, ou par bail emphytéotique perpétuel, ou par bail à cens seigneurial, ou par bail à rente pur et simple, qu'un seigneur a aliéné ses fonds allodiaux?

» Le bail à cens seigneurial et le bail à rente pur et simple ont cela de commun, qu'ils n'emportent, par eux-mêmes et sans stipulation particulière, aucun droit de retour dans la main du bailleur, aucun droit de commise à son profit, dans le cas où le preneur viendrait, soit à négliger la culture des terres, soit à ne pas payer pendant un certain nombre d'années la redevance qui forme le prix de la concession, soit à aliéner sans le consentement préalable de son bailleur. Et ils diffèrent l'un de l'autre, en ce que, par le bail à rente pur et simple, le bailleur aliène sa propriété entière, au lieu que, par le bail à cens seigneurial, la seigneurie directe est réservée au bailleur.

» Le bail emphytéotique, au contraire, diffère du bail à rente, en ce qu'il ne transfère au preneur que la propriété utile : il diffère du bail à cens seigneurial, en ce qu'il ne réserve au bailleur qu'un domaine direct, qui n'a aucune relation avec la directe seigneurie; et il diffère des deux, en ce que, de plein droit, sans stipulation particulière, il assujétit le preneur à la commise ou déchéance, dans les trois cas déterminés par la loi 2, C. *de jure emphyteutico*, par la loi dernière du même titre, et par le chap. 8 de la novelle 120; c'est-à-dire, lorsqu'il laisse arriérer, tantôt de deux, tantôt de trois ans, le paiement de sa redevance, lorsqu'il aliène sans l'agrément du bailleur, lorsqu'au lieu de tenir le fonds en bon état de culture, il le détériore.

(1) *V.* l'article *Réversibilité.*

» Or, de savoir si c'est par bail emphytéotique, ou par bail à cens seigneurial, ou par bail à rente pur et simple, qu'avaient été originairement concédés les fonds qui, dans les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, sont aujourd'hui grevés des redevances connues sous les noms de moitié, tiers et quart fruits, c'est une question qui n'est pas difficile à résoudre.

» D'une part, l'arrêt de la cour d'appel de Trèves constate, en point de fait, *d'après les actes fournis respectivement par les parties, que le seigneur ou le roturier qui donnait ses raisins à bail, se réservait le droit de résiliation, si le colon négligeait la culture des vignes, ou s'il se permettait de les engager, hypothéquer ou aliéner sans son consentement;* et de là il suit évidemment que le bail par lequel ces vignes étaient ainsi concédées, n'était, comme l'a dit la cour d'appel, ni un *contrat d'arentement*, ni un *contrat d'acensement*, mais un *contrat emphytéotique.*

» D'un autre côté, l'exactitude des renseignemens que nous fournit, à cet égard, l'arrêt de la cour d'appel de Trèves, est pleinement garantie par le passage qui y est cité de l'ouvrage imprimé à Ulm, en 1758, et portant pour titre : *Une heure de loisir, ou Jurisprudence de la chambre impériale de Wetzlaer, par Jean Ulrich, baron de Cramer, assesseur en ladite cour de justice.*

» Voici la traduction littérale de ce passage : « qu'on se rappelle ici les biens dits » à tiers-fruits, qui tirent leur nom du tiers » du produit qui est livré au maître du bien, » lequel, par cette raison, s'appelle propriétaire du tiers, comme le colon s'appelle » cultivateur du tiers, et doit par conséquent » être réputé colon partiaire. — Près de la » moitié des vignobles de l'électorat de Trèves, » sur le Rhin et la Moselle, consiste dans ces » biens à tiers-fruits, dont les uns sont nobles, » d'autres ne le sont pas; et il y en a beaucoup plus de cette dernière espèce que de » la première. — La preuve que lesdits biens » à tiers doivent être considérés comme des » biens emphytéotiques, plutôt que comme » des censives (*pro bonis emphyteuticis quàm censiticis*), c'est que, si le cultivateur néglige de livrer le tiers-raisin au propriétaire » pendant quelques années de suite, ou s'il » ne cultive pas les vignes suivant l'usage du » pays, mais les laisse dépérir, ou s'il les » plante de légumes et autres productions, » il peut, suivant l'usage général du pays » de Trèves, après un triple avertissement » (*factâ trinâ admonitione*), être évincé de » ces vignes à tiers-fruits, que le maître du » tiers peut ensuite, ou cultiver lui-même, » ou concéder à d'autres moyennant le tiers-» raisin; ce qui n'a pas lieu pour les censives, » *dans le cas même où le cens ne serait point* » payé pendant mille ans. Les lois 2 et 3 du » Code, au titre *de jure emphyteutico*, sont » parfaitement d'accord avec ces principes. » Il y a plus : c'est que le cultivateur ne peut » hypothéquer, échanger ou vendre que son » droit de colon héréditaire, et que ce droit » seul peut être saisi par ses créanciers et » faire partie de la masse de concours (*ad* » *concursum Kommen*), d'où il ne résulte » aucune perte pour le maître du tiers, qui » ne peut, généralement parlant, *cultiver* » ses biens par lui-même, ni en tirer un » canon plus fort que le tiers-raisin en sorte » qu'il doit lui être parfaitement indifférent » que Titius ou Caïus cultive ses vignes. » D'ailleurs le droit de culture à tiers-fruit » ne peut pas plus que l'emphytéose, être » aliéné sans que la préférence appartienne, » dans les deux cas, au maître du bien ».

» Mais, disent les demandeurs, faites donc attention à l'arrêt de la chambre impériale de Wetzlaer, qui se trouve à la suite de ce passage de Cramer. Par cet arrêt, il a été jugé que les fonds tenus à tiers-raisin, qui étaient nobles dans la main du bailleur, conservent leur nobilité dans la main du preneur; et qu'en conséquence ils continuent de jouir de l'exemption des impôts fonciers qui, en Allemagne, ne portent que sur les rotures.

» Effectivement, c'est là ce qu'a jugé l'arrêt rapporté par Cramer. Et qu'en résulte-t-il? Que la redevance de tiers-raisin était seigneuriale? Point du tout. Pour qu'elle fût seigneuriale, il eût fallu qu'elle fût récognitive de la seigneurie directe retenue par le bailleur; il eût fallu, par conséquent, que le fonds eût été arroturé par le bail; car, point de concession avec réserve de seigneurie directe, sans arroturement : ce sont deux choses qui marchent essentiellement ensemble, et qu'il est impossible de séparer, à moins, ce qui ne se rencontre pas ici, qu'il n'y ait réservé de la foi-hommage, et par suite, sous-inféodation. Donc, en jugeant que les fonds nobles baillés à tiers-raisin, n'étaient pas arroturés, la chambre impériale de Wetzlaer a nécessairement jugé que le droit de tiers-raisin n'était pas récognitif de seigneurie; donc elle a nécessairement jugé que ce droit n'avait rien de féodal.

» Mais, dira-t-on, il résulte au moins de cet arrêt, que ce n'est point par bail emphytéotique qu'ont été concédés les fonds nobles

tenus à tiers-raisin; car, pour les concéder par bail emphytéotique, il eût fallu que le bailleur s'en fût réservé le domaine direct; et ce domaine direct, relativement à un bien féodal, ne pouvait pas être le simple *dominium directum* du droit romain; c'était nécessairement la seigneurie directe proprement dite.

» Tout cela est vrai; mais que doit-on en conclure? Rien autre chose, si ce n'est que l'acte par lequel les fonds nobles ont été concédés à tiers-raisin, est un bail à rente pur et simple, ou, comme on parle en Allemagne, un *bail à cens*, un simple acensement; car vous n'avez pas oublié, messieurs, ce que nous avons eu l'honneur de vous rappeler à votre audience du 11 germinal (1); vous n'avez pas oublié qu'en Allemagne, le mot *cens* est synonyme de *rente foncière;* qu'il n'y désigne rien de seigneurial; et qu'on y entend par *bail à cens* ce que nous entendons en France par *bail à rente.* On sait, au surplus, qu'en France comme en Allemagne, quand un seigneur aliénait par bail à rente, sans réserve de la foi, sans retenue de la seigneurie directe, un fonds qui faisait partie du gros de son fief, le fonds ainsi aliéné conservait, dans les mains du preneur, sa féodalité primitive; que le preneur le possédait noblement, et qu'il devenait, pour raison de ce fonds, non le vassal du bailleur, mais le vassal du suzerain de celui-ci; et que conséquemment la rente qu'il devait à celui-ci, n'était nullement seigneuriale.

» Comment donc se faisait-il que les fonds nobles, tenus à tiers-raisin, fussent soumis à la commise ou déchéance dans le même cas que les fonds roturiers qui se trouvaient grevés de la même redevance? Ce n'était point par la nature du contrat, c'était par l'effet de clauses particulières; car rien n'empêchait alors qu'en baillant un héritage à rente, on n'imposât au preneur, non-seulement l'obligation de cultiver en bon père de famille, et celle d'acquitter exactement la redevance, mais encore la défense de vendre sans le consentement du bailleur, et qu'à l'infraction, soit de cette double obligation, soit de cette défense, on n'attachât la peine de la commise ou déchéance.

» Il n'y a donc rien, absolument rien, dans la nature de la concession à moitié ou tiers-raisin, qui puisse faire présumer que ces sortes de redevances aient été, dans leur origine, soit féodales, soit mélangées de féodalité.

» Et ce qui doit achever de porter, sur ce point, la conviction dans tous les esprits, c'est que, par l'art. 1er du décret du 9 vendémiaire dernier, *les* MEDUM, *ou portions de récoltes de terres à complants, les* THEILTRAUBEN, THEILVEIN, *ou part-raisins ou part-fruits à complants,* sont expressément rangés au nombre des redevances qui, *d'après les statuts et usages des pays composant les quatre départemens de la rive gauche du Rhin, sont présumées foncières.*

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de rejeter la requête des demandeurs ».

Arrêt du 9 floréal an 13, au rapport de M. Rousseau, par lequel,

« Sur le moyen pris de ce que le propriétaire de la rente réclamée a été dispensé de représenter le titre primitif, et de ce que le commissaire général du gouvernement, par son arrêté du 18 messidor an 10, n'a pu déroger aux lois concernant la suppression de la féodalité;

» Attendu que les quatre départemens de la rive gauche du Rhin ont été administrés comme pays conquis; et que les arrêtés des commissaires généraux délégués par le gouvernement, y ont force de loi jusqu'à dérogation;

» Sur le moyen résultant de ce qu'aux termes des lois du 25 août 1792 et autres sur la suppression de la féodalité, les rentes foncières dues à des seigneurs, sont, dans le doute, présumées féodales, et qu'il faut titre pour établir le contraire;

» Attendu qu'il s'agit d'un pays d'allodialité, et que la présomption de la qualité purement foncière des redevances est admise même dans le cas où elles sont dues à des seigneurs dans les pays allodiaux; qu'il n'a pas même été reconnu par le jugement attaqué, que les anciens propriétaires fussent seigneurs des héritages qui devaient la prestation dont il s'agit;

» Sur celui pris de la violation de l'art. 17 de la loi du 25 août 1792, de l'art. 1er de celle du 17 juillet 1793, et de la fausse application de l'art. 2 de la même loi;

» Attendu que la stipulation de la rentrée du bailleur, en cas de mauvaise culture, ou en cas d'aliénation sans son consentement, n'en suppose pas moins la vraie propriété sur la tête du possesseur; que la résolution de cette propriété, dans les cas prévus, a pu être convenue par une clause particulière et qui n'est pas extraordinaire dans les contrats, sans qu'il en résulte, dans l'espèce, aucun caractère de féodalité;

(1) *V.* l'article *Cens*, §. 5.

» Attendu, d'un autre côté, qu'il résulte du décret du 9 vendémiaire an 13, que les redevances de part-raisin dont il s'agit, sont purement foncières, *conformément*, y est-il dit, *aux usages et statuts des pays composant les quatre départemens de la rive gauche du Rhin*; que d'ailleurs cette foncialité pure et non seigneuriale paraît consacrée par la jurisprudence de la chambre *impériale* de Wetzlaer, attestée par la cour d'appel;

» Sur le moyen pris de ce que les prestations en question étaient mélangées de droits féodaux;

» Attendu que les demandeurs n'ont point prouvé que ces redevances eussent été établies par des titres seigneuriaux et récognitifs de droits féodaux relatifs aux mêmes redevances; qu'il a été reconnu que ceux énoncés dans les documens représentés à la cour d'appel, se référaient à d'autres objets; et qu'enfin l'art. 6 du décret ci-dessus cité, déclare que, lors même que le titre est récognitif de redevances foncières et de redevances féodales, mais avec énonciations distinctes et séparées, sans qu'il y ait de liaison entre elles, il n'y a pas lieu à admettre la preuve de mélange de féodalité, et par conséquent à l'abolition.....

« Par ces motifs, la cour rejette le pourvoi...».

V. les articles *Cens*, *Champart*, *Leibgewinn*, *Rente foncière*, *Rente seigneuriale*, *Emphytéose*, etc.]]

QUARTE DE CONJOINT PAUVRE, ou DE L'AUTHENTIQUE *præterea*. On appelle ainsi, dans les pays de droit écrit, la portion qu'un époux survivant peut, en certains cas, demander sur la succession de son époux prédécédé.

I. Les novelles 53, 74 et 117, dont Irnerius a composé l'authentique *præterea*. C. *Undè vir et uxor*, portent que, lorsque l'époux survivant a été marié sans dot, et que le prédécédé a laissé des biens considérables, le premier doit avoir le quart des biens du second, s'il n'y a que trois héritiers, et une part afférente, s'il s'en trouve un plus grand nombre. Elles ajoutent que, dans l'un et l'autre cas, le survivant n'est qu'usufruitier de cette portion, si les héritiers sont des enfans communs; mais qu'il en est propriétaire, lorsque le défunt n'a laissé pour héritiers que des étrangers ou des enfans d'un autre mariage.

On aperçoit sans peine les raisons qui ont dicté ces lois. Voici de quelle manière les expliquait M. Gueidan, avocat général du parlement de Provence, lors d'un arrêt du 17 juin 1737, qu'on trouvera ci-après:

« Conviendrait-il que celle qui a porté avec dignité le nom et la qualité d'épouse durant la vie de son mari, qui a partagé son état et a participé à tous ses avantages, tombât tout à coup dans une honteuse pauvreté, parce qu'elle n'aurait apporté dans la communauté des biens, que des vertus et du mérite? Si les bienséances sont choquées par cette indigne dégradation, la justice ne l'est pas moins.

» Un homme qui épouse une femme dont il connaît l'indigence, n'ayant égard qu'à ses qualités personnelles, ne contracte-t-il pas l'obligation de pourvoir pour toujours à sa subsistance? Que ceux qu'un nœud si saint, autorisé par toutes les lois, a unis, et d'une union si parfaite qu'ils n'ont plus qu'un même nom et ne sont plus qu'une même chair, n'aient aussi qu'un même état et qu'une même fortune. Si, pendant la vie, le mari rompt cette harmonie, en refusant à sa femme son entretien, tous les tribunaux s'élèvent pour l'y contraindre. La mort du mari sera donc la raison qui réduira cette femme au comble de la misère! Parceque le ciel lui aura ravi celui qui faisait son appui et son bonheur, faudra-t-il que les hommes la dépouillent de tous les autres biens, et ajoutent à une condition malheureuse, l'extrême pauvreté, plus dure et plus odieuse que la mort; à cet égard, plus à plaindre dans son état qu'un mercenaire, qui trouve au moins dans son épargne une ressource après la mort de ses maîtres »?

II. L'authentique *præterea* donne lieu à différentes questions qu'il est important d'examiner.

D'abord, que doit-on entendre ici par *Conjoint pauvre?*

Justinien semble avoir pris ce mot dans son acception rigoureuse, et avoir fait, de l'extrême pauvreté, une condition sans laquelle le survivant n'a point de Quarte à prétendre. C'est ce qu'annoncent ces termes de la novelle 53: *Videmus autem quosdam cohærentes mulieribus indotatis, deindè morientes; mulieres autem licet in statu legitimæ conjugis manserint, attamen eo quod non sit facta neque dos, neque antenuptialis donatio, nihil habere valentes, sed in novissimâ viventes inopiâ; propterea sancimus providentiam fieri etiam harum.* On remarque le même esprit dans la novelle 117: *hæc autem dicimus*, porte-t-elle, *si mulier quæ dotem non habet, laboret inopiâ.*

Cependant, comme, dans l'ordre moral, on ne met aucune différence entre rien et presque rien, les interprètes sont assez généralement d'avis que, « quand la loi parle d'une

» femme pauvre et qui n'a point eu de dot, » elle entend aussi parler d'une femme qui » n'a eu qu'une très-petite dot »; ce sont les termes de Lebrun; et l'on trouve des arrêts du parlement de Toulouse, qui confirment cette opinion.

Le président Maynard, liv. 3, chap. 25, nous en retrace un très-formel. Une demoiselle de bonne famille, mais ayant peu de fortune, avait épousé un magistrat à qui elle n'avait apporté qu'une dot très-modique. Après la mort de son mari, elle demanda la Quarte de l'authentique *præterea*. Les héritiers, qui étaient des collatéraux, lui opposèrent qu'elle ne se trouvait pas dans les termes de cette loi; qu'elle avait été dotée; que sa dot lui avait été restituée, et qu'elle n'était point dans l'indigence. Elle répondit que tout ce qu'elle possédait, ne suffisait pas pour la faire vivre trois mois de l'année, « attendu la qualité de son mari et le rang » qu'elle avait tenu avec lui en son vivant, » personnage ayant dignité, et riche et opulent.... Et, suivant ce, par arrêt de la cour » prononcé en robes rouges, la veille de » Sainte-Croix 1581, ladite demoiselle a été » maintenue définitivement en la possession » et jouissance de la quatrième partie, les » quatre faisant le tout des biens de son feu » mari », à la charge néanmoins d'imputer dans ce quart la dot qui lui avait été restituée, et le legs dont son mari l'avait gratifiée par son testament.

Catellan, liv. 4, chap. 40, nous a conservé un arrêt semblable, rendu en mars 1648, « dans la cause de Françoise Campan, fille » d'un tailleur d'habits de la ville de Muret, » et veuve d'un chirurgien, qui, ayant une » dot de *400 livres et 200 livres d'augment*, » demandait le quart de la succession de son » mari, mort riche et sans enfans, offrant » d'imputer les 600 livres de sa dot et aug- » ment. La sentence du sénéchal de Toulouse » avait relaxé de cette demande les frères, » héritiers *ab intestat* du défunt; la cour mit » l'appellation et ce dont avait été appelé au » néant, et avant dire droit, ordonna qu'il » serait fait une estimation des biens du dé- » funt, et cependant que cette veuve jouirait » de la pension à elle accordée par le sénéchal » pendant l'année du deuil. Cet arrêt.... est » fondé sur ce qu'il est aisé de voir par les » termes des novelles, que leur intention a » été de soulager la pauvreté des veuves, *si* » *laborent inopiâ*, en leur faisant part, par » un motif d'équité et de bienséance, des » biens de leur mari mort, quoiqu'il leur ait » fait un legs. La pauvreté ne consiste pas à » n'avoir précisément rien; on est estimé » pauvre, quand on n'a pas ce qui est néces- » saire pour vivre selon son état ».

Mais une chose singulière est à remarquer au sujet de cet arrêt : c'est qu'Albert (lettre D, art. 10 de la première édition, et lettre F, chap. 8 de la seconde) le rapporte comme ayant jugé tout le contraire de ce que lui prête Catellan : *le quart des biens* (dit-il) *ayant été refusé à la veuve, malgré la modicité de sa dot et de son augment.*

Quoiqu'il en soit, Boutaric, sur les Institutes de Justinien, page 413, incline « à » mettre cette question au nombre de celles » qui peuvent être jugées différemment sui- » vant les circonstances. Rien de plus juste, » sans doute (dit-il), que la veuve d'un homme » riche vive dans une aisance proportionnée » à son état, et que, par son indigence et sa » pauvreté, elle ne déshonore pas la mémoire » de son mari; mais serait-il juste aussi qu'une » femme qui se serait mariée avec une dot » proportionnée à son état lors présent, pût, » de la médiocrité de sa dot, se faire un titre » ou un prétexte pour emporter le quart d'un » patrimoine devenu ample et considérable » pendant le mariage ? Et ne conviendrait-il » pas, en ce cas, de lui assurer une aisance » honnête par une pension viagère »?

Les observations de Vedel sur le passage cité de Catellan, nous fournissent un arrêt du même parlement qui se rapproche beaucoup de cette doctrine de Boutaric :

« Par arrêt du 9 septembre 1717, au rapport de M. Raymond, les grand'chambre et tournelle assemblées, au procès des sieurs Darles, frères, et la dame Grandjean, la cour n'adjugea à la dame Grandjean que 600 livres de pension sur les biens du sieur Chamberlin, son mari, qui avait laissé 300,000 livres de biens; il est vrai qu'elle avait 9000 livres de dot. Elle avait demandé le quart de l'hérédité, fondée sur l'authentique *præterea*, C. *undè vir et uxor*, son mari étant décédé sans enfans.

» Quoique cette veuve eût 9000 livres de » dot, la cour, par un motif d'équité, se » détermina à lui adjuger cette pension, en » lui refusant le quart des biens du défunt » mari; et cela, par cette considération, » qu'elle ne pouvait vivre, sans ce secours, » avec cette aisance qui convenait à la veuve » d'un homme riche, et dont les grands biens » tombaient dans les mains de collatéraux ».

Agier, dans le *supplément au Journal du palais de Toulouse*, tome 22, page 295, nous retrace un arrêt plus récent de la même cour qui juge encore de même. Voici ses termes :

« Le 27 août 1764, entre la demoiselle Jacquette Meynadier, veuve du sieur Pierre Nègre, et les co-successeurs d'icelui, de la ville de Nimes, il fut jugé, en la seconde chambre des requêtes, 1° que, quoique la veuve n'ait qu'une dot modique, on ne lui adjuge plus le quart des biens en propriété, mais une pension viagère, eu égard à sa condition, à la richesse et aux facultés du mari; sauf à elle à retirer les sommes offertes et consignées pour sa dot, augment, intérêts de l'un et de l'autre, ensemble pour ses habits de deuil et année de viduité; 2° que ladite Mynadier devait cependant imputer dans cette pension la provision reçue et les 550 livres qui avaient été consignées pour l'année de viduité.

» La cour, sans avoir égard à sa requête en demande du quart des biens, autorisant les offres et consignations des co-successeurs, et les déclarant libérés, lui adjugea 800 livres de pension viagère, après deux partager ».

III. La femme qui a été mariée sans dot, mais qui a un père riche, peut-elle demander la Quarte comme pauvre?

Lebrun répond que non: « La loi (dit-il) » n'entend pas parler d'une femme qui ait un » père riche; car si le père qui n'a pas doté, » était opulent, la plupart des docteurs estiment que, comme il est obligé de doter et » de nourrir sa fille, le cas de la Quarte cesse ».

Vedel dit la même chose à l'égard du mari survivant: « S'il a un père riche et duquel il » puisse avoir un droit de légitime suffisant » pour son entretien honnête, il n'est pas » censé indigent, et demeure excepté de la » règle établie par la loi ».

Vedel cite à l'appui de cette assertion, Benedicti, sur le chapitre *Reynutius*, aux mots *nomine Adolasiam*, déc. 5, n° 248.

IV. Ceci suppose que le mari a le même droit que la femme à la Quarte de l'authentique *præterea*. Telle est en effet la disposition expresse de la novelle 53, chap. 6, §. 2. Mais il y a été dérogé par le chap. 5. de la novelle 117; cette loi porte: *Virum enim, in talibus casibus, Quartam secundùm priorem nostram legem, ex substantiâ mulieris accipere, modis omnibus prohibemus.* Lebrun dit « que la raison de cette différence, ainsi » établie par le dernier droit entre l'homme » et la femme, est que la nature a donné plus » de force à l'homme pour gagner sa vie; et » que d'ailleurs cette Quarte a été donnée à » l'exemple de celle que la loi avait donnée » à la femme qui, s'étant mariée sans dot, » était répudiée, et afin que la femme qui avait » vécu dans une heureuse union avec son » mari, ne fût pas traitée moins favorablement que celle avec laquelle le mari avait » fait divorce, qui est un motif que je trouve » dans le même chapitre de la novelle 53; » d'où il suit que l'une et l'autre Quartes sont » un droit du sexe ».

Il paraît néanmoins que la novelle 117, quoique postérieure à la 53e, n'est pas observée dans les pays de droit écrit; et l'on y tient communément que le mari pauvre peut encore exercer les droits que lui attribue cette dernière loi. Tel est du moins le langage d'Accurse, sur l'authentique *præterea;* de Dumoulin, sur le conseil 24 de *Décius;* de Benedicti, à l'endroit cité, n° 251; de Fernand, sur la loi *in Quartam;* de Grassus, §. *successio ab intestato*, quest. 39, n° 8; de Despeisses, tome 1, page 305; et de Boucher d'Argis, *Traité des gains nuptiaux*, chap. 13.

V. La femme pauvre qui a négligé de prendre sa Quarte sur les biens de son premier mari, est-elle recevable à la demander sur ceux du second?

La négative est soutenue par Grassus à l'endroit cité, quest. 52, et par Barry, liv. 18, chap. 4, n° 13.

« Mais (dit Lebrun) je ne vois pas le fon» dement de cette opinion; et ce cas n'étant » point excepté par les novelles, j'estime» rais que ce serait aux héritiers seuls du » second mari à lui fournir cette Quarte, » parcequ'elle porte son nom le reste de ses » jours, et les héritiers le doivent respecter » en sa personne, et faire honneur à la mé» moire du défunt, en donnant à sa veuve » de quoi subsister; et c'est la raison pour la» quelle on croit communément que les » douaires ont été établis ».

VI. Pour juger si le survivant des deux époux est dans le cas d'exiger la quarte, faut-il considérer l'état de sa fortune au moment précis de la mort du prédécédé? Peut-on refuser cette Quarte à une femme qui, s'étant trouvée pauvre au premier instant de sa viduité, est ensuite devenue riche? Est-on, au contraire, obligé de la donner à une femme qui jouissait, à la même époque, d'un bien suffisant pour son entretien, et qui, ensuite, a tout perdu?

Dumoulin, sur le conseil 25 de Décius, Barry, liv. 18, chap. 4, n° 12, et Lebrun, distinguent le cas où le changement de fortune a suivi de près la mort du prédécédé, de celui où il n'est survenu que long-temps après. « Si la femme qui était pauvre au moment

» de la mort (dit Lebrun), recueille une » ample succession peu de jours après, il ne » lui est point dû de Quarte. Si, au contraire, » paraissant assez bien dans ses affaires, lors » même du décès, elle vient à être ruinée » quelque temps après par un incendie ou » par un naufrage, elle peut demander la » Quarte. Que; si ces changemens arrivent » long-temps après la mort du mari, il faut » laisser les choses en l'état qu'elles sont ».

VII. La Quarte dont il s'agit, contribue-t-elle, par forme de déduction, aux dettes de la succession sur laquelle elle se prend?

Barry, à l'endroit cité, n° 19, ne trouve aucune difficulté dans l'affirmative. Lebrun pense de même, « d'autant que la loi donnant » à la femme, en ce cas, la quatrième partie » des biens qui se trouvent dans la succession » du mari, il faut commencer, pour trouver » cette quotité, par une déduction des dettes » passives, qui diminuent les biens à propor- » tion, suivant la maxime de droit, qui dit, » *bona non dicuntur, nisi deducto ære alieno:* » vu d'ailleurs qu'en cas qu'il y ait plus de » trois enfans, la loi donne à la femme au- » tant qu'à l'un des enfans; or, les enfans » n'ont leurs parts et portions qu'après que » les dettes ont été déduites; c'est pourquoi » il faut présupposer la même chose à l'égard » de la femme ».

Barry ajoute qu'il n'en est pas de même des légitimes, c'est-à-dire, qu'on ne doit pas en faire la déduction sur les biens du prédécédé, avant de distraire la Quarte du survivant pauvre. C'est aussi ce que nous avons établi au mot *Légitime*, sect. 8, §. 2, art. 1, quest. 2.

VIII. *Quelques auteurs ont mis en question s'il y a lieu à la distraction de la Quarte, dans le cas où le prédécédé a fait un testament, ou si elle ne peut être exercée que sur les successions ab intestat.*

Le premier parti ne peut souffrir de difficulté, d'après l'obligation que la novelle 53 et l'authentique *præterea* imposent au survivant d'imputer dans sa Quarte le legs que lui a fait le défunt: cette disposition a été confirmée par l'arrêt du parlement de Toulouse, que nous avons cité plus haut, n° 2, sous la date du 14 septembre 1581; et, comme on le voit, elle suppose bien clairement que la Quarte peut être prise dans une succession testamentaire.

IX. Le survivant peut-il donc intenter la querelle d'inofficiosité contre les dispositions du prédécédé?

Voici ce que répond Lebrun:

« Le retranchement de la Quarte de la femme pauvre a le même effet que la querelle d'inofficiosité avait dans le droit contre les donations entre-vifs, et parmi nous, tant contre les donations entre-vifs que contre les testamentaires; c'est-à-dire que la femme ne fait pas pour cela casser l'institution et le testament, mais qu'elle prend sur le total des biens, même de ceux contenus en l'institution, une quatrième partie: mais elle n'a pas le droit de poursuivre cette Quarte contre les donataires entre-vifs, n'y en ayant aucune disposition dans le droit, et ces mots de la novelle 53, chap. 6, *Quartam partem ejus substantiæ habere mulierem*, qui sont répétés dans le chap. 5 de la novelle 117, ne prenant que les biens qui sont au [illegible] décès; de même que, par l'ancien droit, la légitime des enfans ne se prenait pas sur les donations entre-vifs, et qu'il a fallu à cet effet une loi précise, et qui est introductive d'un droit nouveau: c'est la loi *si totas*, C. *de inofficiosis donationibus*, qui ne parle même que des donations universelles.

» Or, n'étant point fait mention d'un pareil établissement pour la Quarte dont il s'agit, il faut conclure qu'elle n'a pas lieu contre les donataires entre-vifs; car c'est un principe que toutes les actions révocatoires doivent être appuyées sur des lois formelles, comme celles qui se donnent pour la légitime des enfans, pour la conservation des droits des créanciers qu'on a voulu frustrer par des aliénations frauduleuses, et pour l'exécution des lois *feminæ et hâc edictali* ».

X. *Après avoir discuté les dispositions de l'authentique præterea, et résolu les questions qu'elle a laissées indécises, il faut examiner un point de fait que nous avons supposé jusqu'à présent. Cette authentique est-elle vraiment observée dans les pays de droit écrit?*

On soutenait la négative au parlement de Toulouse, lors de l'arrêt du 14 septembre 1581, rapporté ci-dessus: « Etait défendu par » les héritiers (dit le président Maynard) que » la veuve ne se pouvait aider de telles et » semblables dispositions de droit, pour être » abrogées en France? quoique soient non » gardées ni observées ès jugemens contradic- » toires, en alléguant des auteurs français et » modernes qui l'avaient ainsi remarqué ».

Mais, comme on l'a vu plus haut, cette prétention n'a pas été accueillie; et l'arrêt cité a adjugé à la femme la Quarte qu'elle demandait. Nous en avons rapporté deux autres de 1648 et de 1717, qui ont encore

affermi sur ce point la jurisprudence du parlement de Toulouse. On en trouve un quatrième dans le recueil de Papon ; son ancienneté ne le rend, à cet égard, que plus respectable; il prouve que les juges de Languedoc n'ont jamais douté que l'authentique *præterea* ne fût reçue dans leur province. Voici les termes de l'arrêtiste: « Pour le dernier cas » de l'authentique *præterea*, qui est que la » veuve, à faute d'enfant du lit dont elle est » sortie, puisse librement disposer de ce qui » lui est délivré, elle fut pratiquée par pro» vision, par arrêt de Toulouse, donné ès » grands jours du Puy, au mois d'octobre 1548, » pour une pauvre veuve d'un notaire de » Saint-Didier en Velay, contre les héritiers » d'icelui ».

La jurisprudence du parlement de Bordeaux est conforme, en ce point, à celle du parlement de Toulouse. Automne, sur l'authentique *præterea*, assure qu'elle est pratiquée dans le ressort de cette cour.

Barry, liv. 18, chap. 4, n° 11, dit qu'elle est pareillement observée au parlement de Grenoble.

Boucher d'Argis fait entendre, dans son *Traité des gains nuptiaux*, chap. 13, qu'il ne faut pas même excepter de l'exécution de cette loi, les pays de droit écrit qui ressortissent du parlement de Paris.

Un jurisconsulte de Lyon a fait là-dessus une observation qui est placée, avec plusieurs autres, à la suite de l'ouvrage cité :

« J'ignore (dit ce jurisconsulte) s'il y a quelque province en France où la femme pauvre ait le quart du bien de son mari; mais sûrement elle ne l'a pas dans le parlement de Paris; ce qui peut se remarquer à Lyon, où le négoce fait des fortunes assez rapides, pour qu'un mari qui a fait un mariage assorti en épousant une femme qui n'avait rien, laisse quelquefois des cent mille écus de bien. On peut dire même que, si cette Quarte avait lieu, elle porterait bien loin, puisqu'il s'agirait de définir une femme pauvre, et le raisonnement et les conséquences ameneraient bientôt à décider qu'une femme devrait toujours lever au moins le quart des biens de son mari; car il ne serait pas juste qu'une femme n'ayant rien, fût plus favorablement traitée que celle dont le bien monterait au huitième de celui de son mari : mais, enfin, cette Quarte n'a pas lieu, et elle serait dure, puisque, suivant la loi, elle serait en propriété.

» Souhaitons, j'y consens, un édit qui donne au moins en usufruit à la femme le moyen de porter avec honneur le nom de son mari; mais, jusqu'à cet édit, on ne peut rien donner ».

Boucher d'Argis répond à cette observation, que l'authentique *præterea* s'exécutait *sans difficulté dans les parlemens de Toulouse*, de Bordeaux, de Grenoble et d'Aix, il n'y a nulle raison de soutenir qu'elle soit abrogée *dans les pays de droit écrit du ressort du parlement de Paris, puisque c'est une disposition des lois romaines auxquelles ils sont si fort attachés, et qui n'a été anéantie par aucune loi postérieure.*

« Il est vrai (continue-t-il) que je n'ai pas trouvé d'arrêt qui ait jugé la question dans ces provinces; mais on n'en rapporte pas non plus qui ait jugé que l'authentique dont il s'agit, n'y soit pas suivie.

» Et il n'est pas étonnant que le cas de la pratiquer arrive rarement, même à Lyon, nonobstant l'inégalité qui se trouve souvent entre les biens du mari et ceux de la femme, à cause des fortunes considérables qui s'y font dans le commerce, parceque les conjoints y ayant, comme dans tous les autres pays de droit écrit, la liberté de s'avantager par testament, le prémourant ne manque guère, et surtout quand il est riche, d'instituer le survivant son héritier, ou du moins de lui faire quelques legs considérables, et principalement quand le survivant n'a pas de biens de son chef; en sorte qu'au moyen des dispositions testamentaires, faites au profit du survivant, il n'est plus dans le cas de demander la Quarte en vertu de l'authentique *præterea* ».

Malgré ces raisons, il est difficile de croire que, si le cas dont il s'agit, se présentait dans les termes de l'authentique, le parlement de Paris se déterminât à faire valoir cette loi dans les pays de droit écrit de son ressort. Nous voyons même dans le recueil de Papon, liv. 15, tit. 4, art. 7, qu'il a été rendu de son temps un arrêt qui la suppose abrogée. « Mes» sieurs du parlement à Paris (dit-il) ont dé» cliné telle pratique en un cas le plus favo» rable et le plus propre, si jamais en fut, » que l'on ne saurait proposer : si est-ce » pourtant que, pour trouver ledit cas favo» rable de toutes parts, et auquel il n'y avait » rien à douter, j'ai prié M. le rapporteur de » me faire entendre le motif de la cour, dont » je fus satisfait, pour avoir entendu que la » cour aurait trouvé moyen ordinaire et autre » que dudit droit qui semble être extraordi» naire et singulier, de pourvoir à la veuve ».

Nous venons de voir Boucher d'Argis avancer comme une chose constante, que l'authentique *præterea* est observée dans le ressort du parlement d'Aix; Denisart dit la

même chose; et c'est en effet ce qu'a jugé un arrêt de cette cour, du 21 février 1752, dont il rapporte l'espèce : mais les suites qu'a eues cet arrêt, et dont ni l'un ni l'autre ne parlent, peuvent laisser des doutes sur les usages de la Provence en cette matière. On nous saura gré de retracer ici, avec une certaine étendue, toutes les circonstances d'une affaire aussi importante. Nous les tirons en partie du recueil d'Augeard, et en partie des *Discours prononcés au parlement de Provence, par M. de Gueidan*, imprimés à Paris en 1753.

Antoine Laugier, fils d'un menuisier d'Arles, entra en 1682 chez le sieur Raillon, procureur au siége de la même ville, en qualité de clerc : il avait environ vingt-deux ans, et l'on prétend qu'il trouva moyen de séduire une des filles de son maître, nommée Claudine, qui était à peu près du même âge. Deux ans après, il quitta le sieur Raillon, et passa à Aix, chez un procureur au parlement. Mais bientôt il se dégoûta de cette profession, se rendit à Marseille, et s'attacha au commerce. Ses commencemens furent heureux, et présagèrent la fortune qu'il fit depuis : en très-peu de temps, il gagna 7 ou 8000 livres, qu'il employa, en 1689, à l'azquisition d'une maison de campagne auprès d'Arles.

Le 16 février de la même année, Claudine Raillon rendit contre lui une plainte en rapt de séduction; elle exposa dans la requête, qu'il y avait six ans qu'Antoine Laugier avait abusé de sa faiblesse par la promesse de l'épouser; que ce commerce avait toujours duré depuis; que, tout récemment, il avait encore joui d'elle et qu'elle se croyait grosse. Cette plainte fut suivie d'une permission d'informer et d'un décret de prise de corps.

A peine Laugier eut-il passé six jours en prison, qu'il présenta une requête, par laquelle il offrit d'épouser Claudine Raillon, *pour éviter des frais et recouvrer sa liberté.*

En conséquence, le mariage fut célébré avec toutes les formalités requises; mais il paraît que Laugier, au sortir de l'église, ne songea plus à sa femme; elle se retira chez son père, et y vécut six ans de suite dans un profond silence.

Le 16 juillet 1695, elle se pourvut en justice, exposa que son mari l'avait abandonnée, et demanda qu'il fut condamné à lui fournir une pension alimentaire.

Pour écarter ces poursuites, Laugier s'adressa à l'official, et conclud à la nullité de son mariage, sous prétexte qu'il l'avait contracté par force, et que jamais il ne l'avait consommé; mais il succomba dans l'un et l'autre tribunal. Le juge laïque accorda à sa femme une provision de 100 livres, et l'official confirma le mariage.

Laugier appela de ces jugemens; mais ils furent confirmés par défaut.

Encouragée par ce succès, Claudine Raillon demanda, par une autre requête, que son mari fut condamné à lui payer les arrérages de sa pension depuis le premier jour du mariage. Laugier répondit, pour toute défense, qu'il ne devait des alimens à sa femme qu'autant qu'elle serait chez lui, qu'elle ne s'y était jamais présentée, et qu'il était prêt à la recevoir, à condition qu'elle se constituât une dot. En conséquence, il intervint une sentence portant que Claudine Raillon se retirerait incessamment auprès de son mari, et se constituerait en dot tous ses droits, et que celui-ci serait tenu de la recevoir, sinon condamné à la provision demandée.

Les deux parties acquiescèrent à cette sentence. Claudine Raillon se rendit chez Laugier avec un notaire et deux témoins, et lui fit sommation de la recevoir et de la traiter maritalement. Laugier répondit qu'il ne l'avait jamais refusée, mais que la maison de sa mère, où il logeait actuellement, n'étant pas assez grande, il avait été obligé de louer deux chambres dans une autre maison qu'il lui indiqua; que c'était là qu'elle devait se retirer, et qu'il s'engageait à l'y recevoir. Claudine Raillon rejeta ce parti, sous prétexte d'un mauvais commerce qui régnait entre son mari et une femme logée dans la maison qu'il lui assignait.

Un an après, Claudine Raillon revint à la charge. Elle présenta requête pour obliger son mari à lui fournir une pension de 300 livres, et à pourvoir aux frais de son entretien. Laugier n'opposa à cette demande qu'un simple récit de ce qui s'était passé depuis la dernière sentence; il ajouta seulement qu'à l'avenir, son domicile serait à Marseille, et qu'il ne tenait qu'à Claudine Raillon de s'y rendre. La sentence adopta entièrement ses conclusions, et cependant lui enjoignit de donner 40 livres au voiturier qui devait conduire sa femme, pour les frais du voyage.

Claudine Raillon appela de cette sentence, sur le fondement que les 40 livres devaient lui être comptées, et non au voiturier; mais Laugier leva toute difficulté, en offrant de la conduire lui-même. Cependant il demanda qu'au préalable, les hardes qu'elle voulait porter, fussent estimées, et que la remise lui en fût faite *sous un chargement* qui pût lui servir au cas de restitution. Là-dessus, Claudine Raillon déclara juridiquement *qu'elle ne*

voulait porter que l'habit qu'elle avait sur le dos, et sa chemise.

Le jour du départ arrivé, Claudine Raillon alla attendre son mari à l'une des portes de la ville, mais dans un équipage qui n'annonçait en elle qu'un projet de marcher à pied. Elle monta cependant dans la voiture de Laugier; et l'on s'arrêta pour dîner à la maison de campagne que possédait celui-ci, sur le chemin de Marseille. Là, Claudine Raillon s'esquiva, et revint le même jour dans la maison de son père. Aussitôt sommation, de la part de Laugier, à ce qu'elle eût à se rendre, dès le lendemain, à sa maison de campagne, pour continuer ensemble leur voyage jusqu'à Marseille. La réponse du père de Claudine Raillon fut que les mauvais traitemens exercés contre elle par son mari et par les nommés Rondil et Dubois, *ses satellites*, lui avaient occasioné une maladie dangereuse, et qu'on allait demander la descente d'un conseiller du parlement. Laugier prévint le coup; il fit faire une visite judiciaire dans la maison du sieur Raillon, et le rapport ayant constaté que Claudine était sans fièvre ni meurtrissure, et que rien ne l'empêchait d'aller à Marseille, il intervint une sentence qui lui ordonna de se rendre sur-le-champ auprès de son mari.

Claudine Raillon appela de cette sentence; mais bientôt elle abandonna son appel, et y substitua une plainte des mauvais traitemens qu'elle disait avoir reçus dans la maison de campagne de son mari; cette plainte fut suivie d'une information, pendant laquelle Rondil, l'un des accusés, rendit plainte en subornation de témoins, et obtint permission d'en faire informer. Dans ces circonstances, le juge, sur la plainte de Claudine Raillon, décréta d'assigné pour être ouïs, Laugier, Dubois et Rondil; et sur celle de Rondil, prononça un décret semblable contre Raillon père et sa femme. Claudine Raillon appela du premier de ces décrets et prétendit le faire commuer en décret de prise de corps; mais cet appel n'eut pas de suite.

La mort du sieur Raillon, arrivée en 1709, mit fin à cette foule de procédures et de chicanes. Depuis ce temps jusqu'au 23 janvier 1731, les deux époux vécurent, chacun de son côté, dans le plus profond oubli l'un de l'autre. A cette époque, Laugier décéda, laissant une succession de 500,000 livres, et un testament par lequel il instituait pour héritier Jacques Meyffren, fils de Thérèse Perrin, sa nièce, et faisait pour 120,000 livres de legs pieux.

Sa veuve était alors très-âgée, et dénuée de toute ressource. Le *bureau charitable* qu'elle consulta sur ses droits, fut d'avis qu'elle devait demander la Quarte de l'authentique *præterea;* en conséquence, elle fit assigner l'héritier et les légataires, pour se voir condamner à lui faire la délivrance de cette portion.

La cause portée à l'audience de la grand'-chambre du parlement d'Aix, on disait, pour les défendeurs, que l'authentique *præterea* était absolument tombée en désuétude dans la Provence; que, depuis plus de six cents ans, elle n'y avait point eu d'exécution; et que les deux seules fois qu'on l'avait réclamée, les veuves qui voulaient s'en aider, n'avaient point été écoutées, comme il paraissait par deux arrêts rendus, l'un contre la veuve du nommé Bonteil, l'autre contre la dame Baculard.

« La cour (ajoutait-on) se détermina alors sur le sentiment de Bugnion, qui assure, dans son Traité des lois abrogées, liv. 3, n° 1, et liv. 5, n° 17, que cette authentique n'a aucune vigueur en France. Dumoulin pense de même sur les commentaires de Décius sur le Code; et, en interprétant l'authentique *præterea*, il dit: *Hæc authentica non observatur in regno Franciæ.* D'Argentrée, sur la coutume de Bretagne, parlant de la Quarte dont il s'agit, assure que l'authentique qui l'établit, tomba en désuétude peu de temps après la mort de Justinien, parcequ'elle était due à l'aveugle complaisance de ce prince pour l'impératrice Théodora, sa femme. D'ailleurs cette loi est contraire à tous les principes du droit ancien sur la matière des successions. C'est la remarque de *Rollandus à Valle*, conseil 14. Socin, conseil 108, ajoute que son exécution peut donner lieu à des conséquences très-dangereuses.

» Enfin, une preuve certaine qu'elle n'a jamais été reçue en Provence, c'est que, de tous les auteurs de ce pays, aucun n'en a parlé; on n'en trouve pas le moindre vestige, ni dans Saint-Jean, ni dans Clapiers, ni dans Duperrier, ni dans le commentateur des statuts; et Julien, qui était parfaitement instruit, des usages de la province, après avoir parlé de la loi unique, C. *undè vir et uxor*, ne fait pas seulement mention de l'authentique *præterea*, comme si elle ne faisait pas partie du corps de droit.

» Il est vrai qu'on nous oppose un arrêt tiré des manuscrits de M. le conseiller de Thoron. Mais quel témoignage! Un arrêt sans date, sans aucune sorte d'autorité, et qu'on n'a pu trouver au greffe de la cour, ni dans les archives du chapitre de Saint-Sau-

veur, qui était, à ce qu'on prétend, partie au procès ».

A ces moyens du fond, les défendeurs ajoutaient plusieurs fins de non-recevoir.

« 1° (Disaient-ils) le mariage de la demanderesse n'a point été consommé. D'Argentrée enseigne que la femme *quæ recusavit concubitum, doarium capere non debet;* et ce que dit cet auteur par rapport au douaire, s'applique naturellement à la Quarte de l'authentique *præterea,* puisque l'un n'a été introduit par le droit coutumier, que pour remplacer l'autre.

» 2° La demanderesse n'est pas recevable aujourd'hui à demander la Quarte, elle devait l'exiger au moment de sa séparation. Le chap. 5 de la novelle 117 y est exprès. Il est vrai que la femme ne peut alors demander que le quart de ce qui a été acquis pendant sa co-habitation avec son mari; mais si elle demeure avec lui jusqu'à la fin, ce n'est qu'après la mort du mari qu'il faut composer cette Quarte : *Si usque ad mortem cùm eâ vivens præmoriatur, accipere similiter et eam Quartam illius substantiæ portionem.*

» 3° La demanderesse n'est pas indotée; elle a eu des biens de sa mère et de son aïeul.

» 4° Elle n'est point dans une extrême misère.

» 5° Elle n'a point en sa faveur ce que Justinien appelle *affectus nuptialis;* et elle ne s'est point trouvée avec son mari au moment de sa mort; c'est cependant ce qu'exigent les novelles et tous les interprètes qui les ont le mieux entendues. Quand la femme s'éloigne sans raison, et qu'elle ne donne pas tous ses soins à son mari, elle n'a point de Quarte à prétendre; elle devient indigne de tous les avantages qu'il peut lui faire ».

De son côté, la veuve Laugier soutenait que l'authentique *præterea* devait être exécutée en Provence, comme dans les autres pays de droit écrit.

« On ne rapporte (disait-elle) ni loi ni statut qui l'ait abrogée, ou qui y ait dérogé. Les défendeurs conviennent eux-mêmes qu'elle a été réclamée deux fois, et prétendent tirer avantage de ce que la cour n'y a point eu d'égard : il est vrai que les circonstances dans lesquelles se trouvaient les parties, ne permirent pas alors d'écouter les réclamations de deux veuves.

» La première était une servante, veuve d'un valet, appelé Bonteuil, qui avait laissé un enfant, et seulement pour 1500 livres de biens; l'arrêt, qui est rapporté par Boniface, décida qu'elle n'avait pas même d'alimens à prétendre. En effet, quelle ressource était-ce pour cette femme que l'usufruit de la Quarte d'une si faible somme? Et quel préjudice cette réduction, toute modique qu'elle eût été, n'aurait-elle pas causé à l'enfant? Cette servante, avec son usufruit, aurait toujours été obligée de se mettre en service.

» L'espèce du second arrêt est encore plus différente de celle dont il s'agit. La dame Baculard avait été dotée; elle avait été, après la mort de son mari, attaquée en spoliation de sa succession; elle avait transigé et composé de ses droits et conventions avec l'héritier, par lequel elle s'était fait abandonner ce qu'elle avait diverti; elle avait même maltraité et réduit son mari à mourir de chagrin; et, six mois après la transaction, elle avait pris des lettres de rescision, pour avoir lieu de réclamer la faveur de l'authentique dont elle fut déboutée, comme indigne d'en profiter. Si la cour, en jugeant qu'elle n'était pas dans le cas de la loi, avait eu intention de rejeter l'authentique, comme ayant été abrogée, ou comme ayant cessé d'être en vigueur par le non usage, elle s'en serait expliquée; dès qu'elle n'en a rien dit, elle a reconnu que cette loi doit avoir lieu suivant la situation de la femme.

» La veuve Laugier a donc raison d'en demander l'exécution, se trouvant précisément dans toutes les circonstances qu'elle requiert.

» Enfin, tous les auteurs qui ont travaillé sur l'authentique *præterea,* conviennent du droit que la veuve a de prétendre la quatrième partie des biens de son mari, et que les lois qui la lui adjugent, sont suivies. Il ne faut que consulter Décius, dans son conseil 24; Dumoulin, sur ce conseil; Barry, *de successionibus,* liv. 18, chap. 4; et Cujas, sur la novelle 53. Lebrun, *Traité des successions,* liv. 1, chap. 7, n° 3, dit expressément que cette authentique a toujours eu son exécution dans les pays de droit écrit ».

A l'égard des fins de non-recevoir, voici comment la veuve Laugier les écartait :

« 1° La Quarte, accordée aux veuves par l'authentique *præterea,* étant absolument différente du douaire, il est inutile d'entrer dans la question imaginaire de savoir si le douaire est dû, quoique le mariage n'ait pas été consommé; car la Quarte n'est fondée que sur l'indigence de la femme, à laquelle la loi a voulu remédier. D'ailleurs, comment peut-on soutenir affirmativement qu'un mariage n'a pas été consommé, sur ce que le mari et la femme n'ont pas habité ensemble, surtout lorsqu'ils ont toujours eu pleine liberté de se

voir, et qu'il ne leur a été fait aucune défense à cet égard?

» 2° Comment la demanderesse aurait-elle pu réclamer la Quarte de l'authentique avant l'ouverture de la succession de son mari? Nous n'admettons, suivant nos lois, d'autre séparation entre le mari et la femme, que celle qui se fait par la mort de l'un des conjoints. La veuve Laugier, tant que son mari a vécu, a demandé des provisions; elle espérait toujours qu'il rentrerait dans sa première affection, qu'il serait touché des malheurs et de l'infortune de sa femme, qu'il écouterait les principes de la religion, et qu'il rappellerait enfin auprès de lui celle qui lui était liée par un sacrement auguste.

» 3° Elle s'est trouvée indotée par les malheurs arrivés dans sa famille, et encore plus par le propre fait de son mari, qui, l'ayant abandonnée, a négligé l'exécution de la sentence du lieutenant d'Arles.

» 4° Elle a été, dès-lors, dans une telle pauvreté, qu'elle n'a vécu, depuis quarante ans, que par le secours de ses sœurs; elle est aujourd'hui dans un âge très-avancé, soumise à la plus cruelle indigence, d'où elle ne peut être tirée que par la faveur de la loi qu'elle réclame.

» 5° Les termes, *affectus nuptialis*, dont se sert la novelle, ne peuvent avoir ici d'application dans le sens qu'on les objecte, puisqu'ils ne signifient autre chose que le dessein que deux amans formaient de se lier par le lien conjugal: or, les sieur et dame Laugier ont rempli ce précepte, quant à la loi divine et humaine. Si la tendresse que le sieur Laugier devait à sa femme, a cessé dans le même instant qu'il n'était plus le maître d'en disposer pour une autre, sa femme, au contraire, a toujours mesuré la sienne à ses devoirs. Si elle ne s'est pas trouvée auprès de son mari dans le temps de sa mort, pour l'assister et lui rendre les derniers devoirs, on ne peut raisonnablement lui en faire un crime; on en peut juger par toutes les tentatives qu'elle a faites, tant qu'il a vécu, pour se réunir avec lui: elle a entièrement ignoré sa maladie, qui n'a pas été publique, et qui n'a duré que trois jours: quand même cette maladie lui aurait été connue, elle n'aurait pu se transporter chez son mari, parcequ'alors elle était elle-même dangereusement malade, suivant les témoignages qu'elle en rapporte ».

Sur toutes ces raisons, le parlement de Provence, par arrêt du 21 février 1732, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général de Séguiran, adjugea à la veuve Laugier le quart des biens de son mari, conformément à l'authentique *præterea*.

« Cet arrêt (dit Augeard) est d'autant plus » important, qu'il fait, pour ainsi dire, revivre une loi qui, sans avoir été abrogée, » était regardée dans le pays, par quelques-» uns, comme entièrement oubliée et sans » vigueur: aussi ne passa-t-il pas tout d'une » voix; de douze juges, huit furent pour » l'arrêt, deux pour débouter la veuve de sa » demande, et deux pour lui donner une » pension seulement ».

Ce partage d'opinions fit croire aux parties condamnées qu'elles auraient un meilleur sort à espérer, si elles pouvaient parvenir à faire juger de nouveau la question.

En conséquence, le curateur de Jacques Meyffren, héritier institué, se pourvut en requête civile, *à cause du vice de l'assignation qui lui avait été donnée*.

Les légataires intervinrent sur cette demande, et la requête civile fut entérinée par arrêt du 22 juin 1733.

Claudine Raillon entreprit de faire casser cet arrêt au conseil; mais sa requête fut rejetée le 6 août 1736, et elle mourut le 4 décembre suivant.

Anne et Marie Raillon, ses sœurs et héritières, reprirent la cause, et reproduisirent tous les moyens qu'elle avait fait valoir en 1732. L'héritier et les légataires de Laugier en firent autant de leur côté; et, après que la cause eût été plaidée de part et d'autre, avec une nouvelle chaleur, M. l'avocat général de Gueidan remonta à l'origine de la contestation, rappela tous les faits que nous avons retracés plus haut, exposa toutes les raisons que les parties employaient respectivement; et, venant à son propre avis, il remarqua d'abord, qu'en supposant l'authentique *præterea* en pleine vigueur, il fallait examiner si Claudine Raillon était dans le cas précis de cette loi.

« A cet égard (dit-il), outre la pauvreté de la femme, les novelles 53 et 117 exigent deux conditions pour qu'elle puisse prétendre au quart de la succession de son mari: la première, qu'elle ait été choisie librement par pure tendresse et dans la vue d'un honnête mariage; la seconde, qu'elle ait toujours vécu unie avec lui.

» D'où il est aisé de juger que la fin du législateur a été de reconnaître les assiduités d'une épouse pour son mari, et de conserver la dignité du mariage. Il parut équitable à l'empereur Justinien, que celle que l'amour ou la vertu aurait élevée au rang d'épouse, qui aurait vécu dans un certain éclat pen-

dant la vie de son époux, et partagé avec lui toutes les charges et tous les soins du mariage, ne tombât pas tout d'un coup dans la misère par la mort d'un homme qui aurait oublié sa tendresse ou méprisé ses engagemens.

» Or, la Raillon ne peut être placée ni dans l'un ni dans l'autre cas. Quand même tout ce qu'il a plu à cette fille d'exposer dans sa plainte, devrait se prendre à la lettre, ces sentimens de Laugier pour elle n'auraient ni les conditions ni le caractère que demande la loi. Cette loi veut que ce soit une affection chaste et honnête, qui ait sa racine dans la vertu; au lieu que c'est ici une pure débauche qui n'a rien que de honteux. Ce n'est point Laugier qui choisit la Raillon pour épouse; c'est elle qui le force à l'épouser par une plainte en rapt. Et ce qui est bien singulier en cette cause, elle ne s'avise de former sa plainte que six ans après cette prétendue injure; mais elle la forme précisément lorsque la fortune de Laugier paraît s'établir par l'acquisition d'une maison des champs. Jusque-là, Claudine Raillon est tranquille. La perte de son honneur, l'infidélité de Laugier, rien ne la touche. Pour racheter sa liberté, Laugier se résoud à la prendre pour épouse. C'est un homme battu de l'orage, qui sauve ce qu'il peut par le sacrifice de ce qu'il ne peut sauver. Est-ce là ce qu'on appelle préférer la vertu à la richesse, et se choisir une femme par affection et par tendresse, *cùm affectu solum nuptiali* (novelle 11)?

» Mais au moins, après le mariage, a-t-elle vécu avec son mari? L'a-t-elle servi jusqu'à l'extrémité de la vie? Pas un seul moment de concorde et d'union. A peine le sacrement les a unis, que l'animosité les sépare. La Raillon se retira chez son père; et, pendant quarante-trois ans qui se sont écoulés depuis, deux fois seulement elle a parlé à son mari; la première, en 1696, lorsqu'à la tête d'un notaire et de deux témoins, elle alla elle-même lui faire signifier un acte de sommation; la seconde, un an après, lorsqu'elle feignit d'aller avec lui à Marseille, et le même jour revint jouer la comédie. Il a été malade plusieurs fois, suivant les certificats des curés, des médecins et chirurgiens, produits au procès. Il fut dangereusement blessé en 1693, durant la nuit, dans les rues d'Arles, et ses assassins furent condamnés aux galères. En 1729, il perdit un œil. Elle poussa l'indifférence jusqu'à ne point le visiter dans ces différentes occasions, ni même pendant sa dernière maladie. Est-ce là remplir cette autre condition de la loi, qui exige qu'une femme ait toujours resté avec son mari, pour pouvoir demander le quart de sa succession après lui, *et usque ad mortem cùm eâ vivens præmoriatur* (novelle 117) »?

Ici, M. l'avocat général se fait à lui-même les objections que Claudine Raillon opposait à ses adversaires : les démarches qu'elle n'avait cessé de faire pour se réunir à son mari; les efforts continuels de Laugier pour en éluder l'effet; son intention bien marquée de la faire vivre dans une retraite qu'il avait lui-même choisie pour l'asile d'une prostituée qu'il entretenait; les mauvais traitemens dont il l'avait accablée lorsqu'il avait feint de vouloir la conduire à Marseille; la maladie dont elle s'était trouvée attaquée au moment où il était près d'expirer, et qui l'avait empêchée de se rendre auprès de lui: après quoi, M. de Gueidan continue en ces termes :

« Telles sont les raisons qu'Anne et Marie Raillon étalent avec beaucoup de confiance; mais, réduites à leur juste valeur, elles se tournent en preuves contre elles. Claudine Raillon, leur sœur, n'avait rien tant désiré, disent-elles, que de se réunir à son mari. Mais quand et à qui l'avait-elle demandé? Qui sont les amis et les personnes charitables qu'elle avait employés, les moyens et les négociations qu'elle avait mis en œuvre? Nous voyons bien ce qu'elle faisait pour se procurer un entretien, mais nous ne voyons d'elle aucune avance, aucune démarche pour gagner Laugier. C'est qu'en effet une pension assortissait mieux sa façon de vivre, que la présence d'un mari. Voulait-elle se réconcilier avec lui, lorsqu'elle calomniait publiquement ses mœurs, sa conduite; lorsqu'accompagnée d'un notaire et de deux témoins, elle alla elle-même lui signifier un acte de sommation plein d'aigreur et de menaces? Le voulait-elle, lorsque, quelques heures après être partie avec lui pour se rendre à Marseille, elle le quitta et prit la fuite, à quoi il est bien aisé de juger, par l'équipage de son départ, qu'elle s'était préparée, prévoyant sans doute, par un pressentiment prophétique, les mauvais traitemens qu'elle aurait à souffrir? Non-seulement elle ne l'a demandé ni voulu, mais elle a opiniâtrément refusé toutes les offres que Laugier lui a faites de la recevoir. Elle résista à trois sentences qui la condamnaient à se retirer auprès de lui. C'est, dit-on, qu'elle craignait d'être maltraitée. Nous savons, disait un ancien, combien la peur est capable de donner de mauvais conseils : mais pourquoi Laugier doit-il en être responsable? C'est, ajoute-t-on, que l'expérience avait appris à la Raillon ce que pouvait ce mari furieux. Quelle

expérience? Veut-on parler de cette insulte qu'elle prétendait avoir reçue à la maison de campagne? Mais cette plainte, et l'information qui fut prise, peuvent-elles être comparées avec l'information qui avait été faite précédemment à la requête de Laugier, et où cette femme fut si évidemment convaincue d'artifice et d'imposture? Et le décret obtenu contre Laugier, Rondil et Dubois, ne se trouve-t-il pas plus que détruit par le décret que ceux-ci obtinrent contre Raillon et sa femme, pour subornation de témoins?

» Il est donc manifeste que la Raillon n'avait rien tant évité, rien tant appréhendé que sa réunion avec son mari. Trois fois il lui est ordonné de se retirer auprès de lui, et toujours elle refuse d'acquiescer. Rebelle à la justice, il lui sied bien d'en réclamer la protection! C'est donc à elle que le divorce doit être imputé avec toutes ses suites. Au lieu des tendres soins qu'elle devait à son mari, elle ne songea qu'à le persécuter toute sa vie par des procédures et des chicanes sans fin. C'est elle qui, au mépris de toutes les lois, a poussé l'animosité jusqu'au bout. Laugier, sans doute, aurait dû ne pas porter sa rancune dans le tombeau; mais toujours était-ce à elle à faire les avances. Elle était malade, nous dit-on; quelle en est la preuve? des témoins entendus sans commission du juge, sans assignation, sans serment. Mais quels sont ces témoins qui attestent sa maladie? Des médecins et des chirurgiens? Non; ce sont des aventuriers. Que disent-ils? L'un nous atteste qu'au mois de janvier, il avait vu la Raillon auprès du feu; et tous les autres, qu'ils ont ouï dire à la sœur de la Raillon qu'elle était malade. Certainement, on ne peut assez admirer qu'on ose, dans cette audience, avancer, comme des faits décisifs, des faits qui prouvent si peu. Mais il n'y a rien que la soif de l'or n'inspire.

» Finissons une discussion qui n'est déjà que trop longue, et disons que la Raillon n'était pas même au cas de la pauvreté, qui est la troisième condition que la novelle exige. Quel est le but de cette loi? D'éviter qu'une femme qui aura été choisie par affection, et qui n'aura eu pour dot que son mérite, ne change soudainement d'état, et qu'après avoir partagé l'éclat, ou du moins l'aisance de son mari, elle ne déchoie totalement par sa mort, et ne traîne dans la poussière le nom et la qualité d'épouse. C'est le sens que tous les interprètes ont donné à cette novelle. Or, c'est là un risque que la Raillon ne courait point. Ni par son mariage, ni par la mort de son mari, sa fortune n'avait souffert aucun changement. Pendant soixante-cinq ans, elle a marché sur la même ligne. Quelle bienséance, quelle justice y aurait-il qu'elle sortît aujourd'hui, si elle vivait encore, de la médiocrité de ses pères, pour monter à un état d'opulence qu'elle n'a jamais connu?

» Il y a plus: c'est que l'état de la Raillon n'était pas, à beaucoup près, l'extrême pauvreté, qui est le cas précis de la loi. Nous voyons bien quelques inquiétudes de cette femme pour améliorer sa fortune, tant que son père a vécu. De la mort de celui-ci à celle de son mari, plus de vingt ans se sont écoulés sans qu'elle ait paru mécontente de sa condition. Ni plainte, ni demande de sa part. La faim n'est pas si tranquille. Pendant tout ce temps, la Raillon se suffit à elle-même; et son mari n'est pas plutôt dans le tombeau, qu'elle se meurt de misère, qu'elle intéresse la charité de tout le monde. C'est sans doute une étrange métamorphose.... Ne serait-ce pas là autant de raisons de la priver de tous les avantages qu'elle prétendait, si, par des raisons supérieures, elle n'en avait été entièrement exclue?

» Ces raisons consistent en ce que l'authentique *præterea*, qui est toute sa ressource, n'a jamais eu parmi nous force de loi. C'est un joug que nos pères n'ont pu porter; nous n'avons ni plus de force ni plus de docilité qu'eux. Que cette loi ait été en usage chez les Romains, à la bonne heure; elle n'était point, chez eux, sujette aux mêmes inconvéniens qu'elle produirait chez nous. Parmi eux, les mariages étaient toujours assortis; parceque, selon les lois romaines, toute femme ne pouvait être épouse légitime de tout homme. Il fallait que l'un et l'autre fussent citoyens romains, et qu'il y eût proportion entre les conditions. Un sénateur ne pouvait épouser une affranchie, et un homme libre ne pouvait épouser une esclave. La femme étant donc toujours égale au mari, il était juste que la mort de celui-ci ne la réduisit point à un abaissement honteux. Parmi nous, au contraire, où l'amour rapproche souvent les conditions les plus éloignées, quelle justice y a-t-il qu'une femme, qui n'a quelquefois d'autre mérite que d'avoir su allumer une folle passion, recueille le quart d'un riche héritage?

» Cependant, quelque différence qu'il y ait sur ce point, entre nos mœurs et les mœurs

des Romains, il faut dire que ceux-ci n'ont guère été moins choqués que nous de cette loi, que les importunités de l'impératrice Théodora, plutôt que le vue du bien public, arrachèrent à Justinien (1), et qui lui a attiré le blâme des plus grands jurisconsultes. Ils ont regardé cette pièce comme un de ces excès mémorables où trop de complaisance pour le sexe a quelquefois engagé les plus grands hommes. Au moins, si l'on se fût contenté de donner des alimens à la veuve pauvre, la révérence due au mariage, l'opprobre qui rejaillirait sur la mémoire du mari, si, après sa mort, sa femme était réduite à mendier, enfin l'obligation tacite que le mari semble avoir contractée en épousant une femme sans dot, auraient rendu cette loi supportable. Mais on franchit les bornes de l'équité; on va jusqu'au ridicule, en favorisant davantage la femme qui n'apporte rien à son mari, et qui lui est à charge toute sa vie, que celle qui l'aide de ses biens à soutenir le poids du mariage. Ce qu'une femme riche ne pourra point obtenir par tous ses soins, une femme sans dot, quelle que soit sa conduite, sera sûre de l'avoir. Peut-on rien imaginer de plus déraisonnable? Pour le mieux sentir, supposons que la Raillon eût apporté à Laugier 2000 écus, à quoi elle avait toujours dit que ses droits se montaient, et qu'elle avait été condamnée à se constituer par sentence du 29 mai 1697; alors, qu'avait-elle à prétendre après la mort de son mari? deux mille écus. C'est donc à dire que quarante mille écus seraient dévolus à cette femme, parce-qu'elle aurait éludé toutes les décisions de la justice et foulé aux pieds toutes les bienséances! C'est-à-dire que, pour n'avoir apporté à son mari que de la honte et une affliction continuelle, elle se serait acquis la propriété d'une portion considérable de ses biens! Quel renversement! Quelle injustice! Les lois, qui défendent si rigoureusement que la fraude puisse jamais fructifier pour celui qui la commet, autoriseront-elles la fraude, quand elle est jointe à la débauche? Moins riche et moins favorisée, si elle avait été sage et soumise aux lois, elle serait redevable de tous ses avantages à ses faiblesses!

» D'abord, ce fut pour avoir déposé toute honte et livré sa pudicité, ou, ce qui est peut-être plus criminel, pour avoir faussement exposé qu'on la lui avait ravie, qu'elle sut se procurer un mari; ensuite, c'est en résistant à la justice et en refusant opiniâtrement de se constituer une dot, qu'elle s'assura une riche succession; enfin, c'est en noircissant la mémoire de son mari par toutes sortes de calomnies, qu'elle vint à bout d'en imposer aux juges même, jusqu'à surprendre leur jugement..... N'achevons pas de précipiter la faiblesse dans la corruption par l'attrait de la récompense. Il est de la sagesse des magistrats de s'opposer, autant qu'on le peut, à ce torrent qui ravage les bonnes mœurs et tout ce qu'il y a de plus saint et de plus inviolable ».

Ainsi parla M. de Gucidan; et, sur ses conclusions, il intervint un arrêt, qui est rapporté en ces termes, à la suite de son plaidoyer : « Le 17 juin 1737, à l'audience publique de la grand'chambre, Jean-Baptiste » Meyffren, les recteurs de l'œuvre de la » convalescence et de l'école, et Laugier, » d'Arles, furent mis hors de cour et de procès, sur la demande de feue Claudine » Raillon, représentée par Anne et Marie » Raillon, ses sœurs; et néanmoins, pour » certaines considérations, on leur adjugea » la somme de 5000 livres. Les dépens furent » compensés. De dix-huit juges, aucun n'o» pina à donner le quart de la succession de » Laugier, quoiqu'il y en eût qui l'avaient » accordé en 1732 ».

[[XI. L'authentique *præterea* a été abrogée par le Code civil.

Ne l'avait-elle pas été déjà par la loi du 17 nivôse an 2? *V.* l'article *Gains nuptiaux*, §. 4.]]

QUARTE FALCIDIE. Ce mot a différentes significations.

La loi 8, §. 9 et 11, D. *de inofficioso testamento*, la loi 31, C. au même titre, et la loi 5, §. 3, C. *ad legem Juliam majestatis*, l'emploient pour désigner la légitime due aux enfans sur les biens de leurs pères et de leurs mères.

D'autres textes lui attribuent le même sens qu'au mot *Quarte trébellianique* : telles sont particulièrement la loi 1, §. 19, la loi 16, §. 9, et la loi 22, §. 2, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.

(1) *Justinianus ideò in ea re variavit, ut Dianæ amore captus, quasi alter Endimion, dormitasse videtur, qui, secundùm lunarem cursum, toties jura mutaverit.* Joan. Boche. tract. de nuptiis.

Hæc authentica odiosa est, et non benè fundata in ratione naturali. Alciat.

Uno quidem verbo irrationabilis mihi et aliis videtur. Card. Mantica.

Mais communément on n'entend par *Quarte falcidie*, que la portion dont les héritiers testamentaires, chargés de legs excessifs, sont autorisés par le droit civil à faire la distraction; et c'est uniquement sous cet aspect que nous la considérons ici.

La loi des douze tables avait accordé aux testateurs un pouvoir sans bornes de disposer de leurs biens à titre de legs; mais dans la suite, ce pouvoir fut restreint de différentes manières. D'abord, la loi Furia défendit de léguer à chaque personne plus de mille écus d'or, et condamna à la restitution du quadruple le légataire qui prendrait quelque chose au-dessus de cette somme. La loi Voconia, qui vint ensuite, établit que chaque légataire ne pourrait pas avoir plus que l'héritier. Mais, comme on éludait journellement, par des dispositions frauduleuses, les défenses prononcées par ces deux lois, le peuple romain y substitua la loi *Falcidia*, ainsi appelée du nom du tribun qui lui en fit la proposition.

Cette loi (qui fut portée du temps d'Auguste, comme on le voit dans Dion, liv. 48, et dans Isidore, *originum*, liv. 5, chap. 15) contenait plusieurs chapitres; c'est du moins ce qu'insinuent la loi 1, la loi 81, §. dernier, D., et la loi 16, C. *ad legem Falcidiam*; mais on n'en retrouve qu'un dans le corps de droit de Justinien : c'est celui qui, supposant toute l'hérédité divisée en douze portions, défend d'en léguer plus de neuf, en sorte que, soit qu'il y ait plusieurs héritiers, soit qu'il n'y en ait qu'un seul, il faut toujours que le quart de l'hérédité demeure libre de toute disposition à titre particulier.

L'objet de cette loi fut d'empêcher la répudiation des hérédités testamentaires. Un héritier institué, qui voyait toute la succession absorbée par les legs, se souciait peu d'accepter un testament qui ne lui assurait aucun profit, et ne lui donnait réellement que les fonctions de simple exécuteur. De là, ces renonciations si fréquentes, qui, suivant les principes de l'ancien droit, faisaient crouler toutes les dispositions des testamens, et privaient de tout les légataires qu'on avait voulu trop avantager. Ainsi, la loi Falcidia favorisait à la fois les testateurs, les héritiers et les légataires : les premiers, en ce qu'ils regardaient comme un honneur de laisser après leur mort des héritiers choisis par eux-mêmes; les seconds, en ce que la distraction de la Quarte falcidie était toujours pour eux un gain assuré; les troisièmes, en ce que cette distraction engageait les héritiers à accepter les testamens, et par conséquent à faire valoir les legs qui y étaient portés.

On peut ajouter que la loi *Falcidia* avait encore pour but l'intérêt du public; car les Romains regardaient l'exécution des testamens comme un objet important à l'État : *publicè expedit suprema hominum judicia exitum habere*, dit la loi 5, D. *testamenta quemadmodùm aperiantur*.

Les parties de la France qui sont restées sous l'empire des lois romaines, et qu'on appelle, par cette raison, pays de droit écrit, n'ont pas manqué de conserver l'usage de la Falcidie; mais elle est tout-à-fait inconnue dans les pays coutumiers, comme l'observent Dumoulin sur la coutume de Paris, titre *des Fiefs*, §. 15, glose 4, n° 10, et Bacquet, *du droit de bâtardise*, chap. 5, n° 22.

Il y a cependant dans le recueil de Stokmans, un arrêt du conseil souverain de Bruxelles, du 18 juin 1638, qui décide que la Falcidie est admise dans le Brabant. Mais cette jurisprudence particulière au Brabant et qui s'y est maintenue jusqu'à nos jours (1), ne peut pas être étendue aux autres pays coutumiers.

[[Elle a d'ailleurs été abrogée dans toute la France par l'art. 61 de la loi du 17 nivôse an 2; et le Code civil ne l'a pas recréée.

Mais, comme il peut encore s'élever des contestations sur la distraction de la Quarte falcidie dans les successions ouvertes avant la première de ces lois, nous en parlerons comme si elle avait encore lieu.]]

1° Quelles sont les espèces de dispositions qui sont sujettes à la distraction de la Quarte falcidie?

2° A quels héritiers appartient-elle?

3° En quel cas cesse-t-elle d'avoir lieu?

4° Comment doit-elle se faire, et quelle est la manière de la liquider?

Tels sont les quatre points que nous allons examiner.

§. I. *Quelles espèces de dispositions sont sujettes à la falcidie?*

I. Les dispositions à cause de mort qui sont faites à titre particulier, sont les seules sur lesquelles l'héritier institué est en droit de distraire la falcidie. La loi 42, §. 1, *de donationibus mortis causâ*, décide que les donations entre-vifs n'y sont pas sujettes, quand

[[(1) *V.* l'arrêt de la cour d'appel de Bruxelles, du 2 fructidor an 12, rapporté au mot *Legs*, sect. 7, n° 2.]]

même elles seraient faites au lit de la mort, parceque, suivant les principes du droit romain, ce n'est point par l'état de santé ou de maladie, mais par l'intention du donateur; qu'on juge si une libéralité est censée entre-vifs ou à cause de mort.

La loi 27 du même titre porte qu'on ne peut pas non plus distraire la falcidie d'une donation qui est qualifiée à cause de mort, mais qui renferme une clause expresse d'irrévocabilité, parceque cette clause la rend entre-vifs.

Il y a des donations entre-vifs, qui, étant nulles dans le principe, se confirment ensuite par la mort et le silence de ceux qui les ont faites. Ce sont celles que font un mari à sa femme, une femme à son mari, un père aux enfans qu'il a sous sa puissance. Ces donations sont-elles sujettes à la falcidie?

Grassus, Despeisses et Rousseaud de Lacombe soutiennent qu'elles ne le sont que dans les cas où ce n'est point par le silence du donateur, mais par une disposition particulière de son testament, qu'elles sont confirmées. C'est ce qui résulte, suivant ces auteurs, de la loi 12, C. *ad legem Falcidiam : In donationibus inter virum et uxorem factis legem Falcidiam habere locum* QUANDÒ FIDEICOMMISSI PARTIBUS FUNGUNTUR, *nonnullis juris placitis comprehensum est.*

Mais ces auteurs n'ont pas assez pesé les termes de ce texte. Le mot *quandò* ne signifie pas ici *lorsque*, mais *parceque*, et la grande glose l'explique par *quia*. Ainsi, le sens de cette loi est que les donations entre époux sont soumises à la falcidie, *parcequ'elles sont réputées de la même nature que les fidéicommis particuliers, auxquels on sait que les* legs sont assimilés. La loi 32, §. 1, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, confirme cette interprétation et la met au-dessus de toute espèce de difficulté. C'est une question, dit-elle, si la falcidie a lieu dans les donations entre mari et femme : *et de falcidiâ ubi possit locum habere, tractandum sit;* et j'estime qu'elle doit y avoir lieu, comme si la donation était confirmée par testament : *Cui locum ità fore opinor, quasi testamento sit confirmatum quod donatum est.* La note de Godefroi sur ce texte jette un nouveau trait de lumière sur ce que nous avançons; voici comment elle est conçue : *Ex donatione inter virum et uxorem factâ detrahitur falcidia, perindè ac si res donatæ fuissent testamento relictæ.*

S'il en est ainsi des donations entre-vifs dont on vient de parler, à plus forte raison doit-il en être de même des donations qualifiées à cause de mort : aussi voyons-nous qu'elles sont assujéties à la falcidie par les lois 5 et 18, C. *ad legem Falcidiam*, par la loi 2, *de mortis causâ donationibus*, et par la loi 77, §. 2, D. *de legatis* 2°.

II. Les fidéicommis particuliers sont également sujets à ce droit. Ce n'est pas qu'ils soient compris textuellement dans la loi *Falcidia*, mais on la leur a appliquée, pour empêcher les testateurs d'éluder, par ces sortes de dispositions, une défense qui ne concernait littéralement que les legs. *V.* la loi 18, D. *ad legem Falcidiam*, les lois 12 et 13, C. au même titre, Vinnius sur les Institutes, liv. 2, tit. 22, n° 8, et l'arrêt du parlement de Grenoble, du 2 août 1611, rapporté par Expilly, chap. 10.

Il y a cependant quelques auteurs, tels que Fachinée, *controv.*, liv. 5, chap. 12, qui prétendent que ce n'est point à la falcidie, mais à la trébellianique, que les fidéicommis particuliers sont sujets; et il faut convenir que cette opinion est clairement justifiée par le §. 5, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*. Du reste, la question est assez indifférente dans la pratique.

III. Un testateur s'exprime en ces termes : « Je veux que Titius soit mon héritier, s'il » donne mille écus à Sempronius ». La disposition que ces paroles renferment au profit de Sempronius, forme ce qu'on appelle en droit *mortis causâ capio;* et elle est sujette à la falcidie. La loi 13, C. *ad legem Falcidiam*, en contient une décision expresse.

IV. A l'égard des legs proprement dits, on ne peut douter qu'ils ne soient soumis à la distraction de la Quarte dont nous parlons, puisqu'ils sont l'objet direct et primitif de la loi *Falcidia*.

On a cependant douté si cette distraction devait avoir lieu dans le legs d'une somme d'argent pour bâtir un sépulcre; mais la loi 1, §. dernier, et la loi 2, D. *ad legem Falcidiam*, ont décidé pour l'affirmative.

Les legs de libération n'en sont pas non plus exempts. *V.* l'article *Libération (legs de)*.

En est-il de même des legs de servitudes réelles?

La raison de douter est qu'elles sont indivisibles, et que par conséquent elles ne peuvent souffrir aucune distraction.

Mais cette raison n'empêche pas que le légataire ne puisse fournir à l'héritier l'estimation pécuniaire de ce qui est réparti sur sa servitude dans la liquidation de la falcidie.

Aussi les *lois 7* et 80, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam*, et la loi 76, D. *de legatis 2°*, décident-elles que le légataire est non-recevable à demander la servitude, tant qu'il n'a pas payé cette estimation.

Le §. dernier de la loi 80 que nous venons de citer, et la loi 26, §. 1 du même titre, étendent cette décision à tous les legs de choses indivisibles.

V. Les legs d'usufruit et de rentes viagères sont pareillement sujets à la falcidie. La loi 1, §. 7, et la loi 89, D. *ad legem Falcidiam*, ne permettent pas d'en douter.

Mais la durée de ces legs dépend de la vie des légataires, et il est par conséquent impossible de la fixer avec certitude : comment donc déterminer la distraction qu'ils doivent souffrir par la Falcidie?

Les jurisconsultes romains ont pris là-dessus deux partis différens.

Les uns ont cru qu'il fallait estimer le legs viager au prix qu'il pourrait être vendu, eu égard à l'âge, à la santé, au sexe du légataire, en un mot, à tous les risques que courrait l'acheteur : *Cùm Titio in annos singulos dena legata sunt, et judex legis Falcidiæ rationem inter heredem et alios legatarios habeat, vivo quidem Titio, tanti litem æstimare debeat, quanti venire id legatum potest, in incerto posito quamdiù victurus sit Titius.* Ce sont les termes de la loi 55, D. *ad legem Falcidiam*. Elle ne parle, comme on le voit, que du cas où le légataire vit au moment de la liquidation de la falcidie. Mais, que serait-ce, ajoute-t-elle, s'il était mort à cette époque? En ce cas, l'héritier ne pourrait distraire la falcidie que sur les arrérages échus avant le décès du légataire; *mortuo autem Titio, non aliud spectari debet, quàm quid heres ex eâ causâ debuerit.*

Les autres ont calculé tout différemment, et la loi 68 du titre cité adopte leur manière d'opérer. Si, dit-elle, le légataire à qui est faite une libéralité annuelle et à vie, est au-dessous de trente ans, on doit supposer qu'il vivra encore trente années entières; s'il a plus de trente ans, mais moins de cinquante-cinq, on doit supposer qu'il vivra jusqu'à soixante. Après cinquante-cinq ans, il n'en faut plus compter que cinq, et jamais moins; ainsi, fût-on centenaire, on doit toujours être présumé devoir vivre encore cinq ans.

Mais quel sera l'effet de cette supputation? Sera-ce d'obliger le légataire à fournir à l'héritier l'estimation d'une falcidie sur la masse des revenus que doit produire le legs pendant tout le temps qu'il est supposé devoir durer?

Non. L'héritier doit, au contraire, dans le principe, laisser jouir le légataire de tout son legs; mais cette jouissance doit cesser dès que le légataire est parvenu aux trois quarts de l'âge qu'il était supposé devoir encore vivre lors du décès du testateur; et l'héritier doit jouir lui-même pendant l'autre quart. Ce temps écoulé, le légataire doit rentrer en possession, et y demeurer jusqu'à ce qu'il ne reste plus qu'un quart du temps qu'il était censé avoir encore à vivre lorsque la jouissance de l'héritier a fini, et ainsi de suite. C'est sans doute là ce qu'a voulu dire Ulpien, dans la loi 47, D. *ad legem Falcidiam*, qui est conçue en ces termes : *Lex falcidia si interveniat, in omnibus pensionibus locum habet; sed hoc ex post facto apparebit, utputà, in annos singulos legatum relictum est, quandiù falcidia nondùm locum habet, integræ pensiones annuæ dabuntur : sed enim si annus venerit, quo si ut contrà legem Falcidiam ultrà dodrantem aliquid debeatur, eveniet ut retrò omnia legata singulorum annorum imminuantur.*

Ainsi, qu'un légataire d'usufruit ait trente-deux ans à la mort du testateur : on supposera qu'il a encore vingt-huit ans à vivre, et par conséquent on le laissera jouir pendant les trois quarts de ce temps, c'est-à-dire, jusqu'à ce qu'il ait accompli sa cinquante-troisième année; alors il fera place à l'héritier pendant sept ans; et quand il en aura soixante, il recommencera à jouir pendant les trois quarts des cinq années, qu'il sera censé avoir encore à vivre, et ainsi successivement.

Si le légataire vient à mourir avant d'avoir achevé les trois quarts de sa jouissance, la consolidation qui se fait de l'usufruit à la propriété existante entre les mains de l'héritier, tourne au profit des autres légataires, et diminue d'autant la quote-part qu'ils doivent fournir dans la contribution à la falcidie. La raison en est que cette consolidation s'opère en faveur de l'héritier, précisément parcequ'il est héritier, et que, comme on le verra ci-après, on doit imputer dans la falcidie, et faire tourner à la décharge des légataires qui en sont tenus, tout ce que l'héritier recueille par droit héréditaire, quand même ce serait en conséquence d'un événement survenu depuis l'ouverture de la succession.

Groenewegen (*de legibus abrogatis*, D. *lib.* 36, *tit.* 1, *l.* 68) prétend que la première des deux lois dont nous venons de rendre compte, n'est plus observée dans nos mœurs; qu'il faut, en cette matière, estimer l'usufruit sur le pied usité dans les lieux; et que, s'il n'y a point à cet égard d'usage cer-

taire, on doit régler l'estimation sur l'âge, la santé et les autres circonstances qui peuvent faire présumer que le légataire vivra plus ou moins long-temps. Mais les autorités qu'il cite à l'appui de son assertion, ne sont point assez précises pour qu'on puisse la regarder comme constante; elles n'ont d'ailleurs rapport qu'aux pays coutumiers.

Quoi qu'il en soit, en supposant que cette loi soit encore en vigueur, peut-on appliquer aux communautés la supputation qu'elle fait?

Il semble qu'on ne le peut pas d'après le principe qu'un usufruit légué à un corps de main-morte, doit toujours durer un siècle. Cependant, le contraire est décidé par cette même loi: elle veut qu'en matière de falcidie, la communauté ne soit censée devoir subsister que trente ans, à compter du jour de la mort du testateur. *Sic denique, et sì reipublicæ usufructus legetur, sive simpliciter, sive ad ludos, triginta annorum computatio fit.* Ce qui a déterminé les jurisconsultes à ce parti, c'est qu'une communauté est sujette à bien des révolutions qui peuvent en amener l'anéantissement, et que par conséquent il n'est pas certain que l'usufruit qu'on lui a légué, doive durer cent ans.

Si le legs annuel dont un corps de main-morte se trouve gratifié, est de nature à ne pas s'éteindre par le laps de cent ans, et que la prestation qui en fait la matière, doive être perpétuelle, il faut, pour régler la falcidie à laquelle il est sujet, le réduire à trois quarts; et s'il est, par exemple, de 200 livres annuellement, n'obliger l'héritier que de payer chaque année 150 livres. Cela résulte de la loi 3, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam*, et de la loi 3, D. *de alimentis legatis*.

VI. Par la même raison, si un testateur lègue une somme payable en trois termes, l'héritier ne sera pas obligé d'attendre le dernier terme pour en distraire sa falcidie; il pourra faire cette distraction sur chaque paiement, en y observant une proportion exacte. C'est la disposition de la loi 32, §. 3 du titre cité.

Et s'il avait négligé de distraire, au premier et au second paiement, la quote-part qu'ils devaient supporter de la falcidie, il pourrait faire sur le troisième la distraction de la totalité de ce droit. C'est ce qui résulte de la loi 16 du même titre.

VII. Que les legs conditionnels et ceux dont le paiement est reculé à un certain temps, soient sujets, comme les autres, à la falcidie, c'est une vérité qui se sent d'elle-même. Mais de quelle manière doit-on les considérer pour en faire cette déduction?

Voici ce que répond Voët. Comme ces sortes de legs, lorsqu'il n'y a point de falcidie à en distraire, ne doivent se payer, à leur échéance, qu'à raison de ce que le testateur a compris expressément dans sa disposition, et que l'héritier n'est pas obligé d'y ajouter les fruits ou intérêts qu'il en a tirés dans l'intervalle; de même, lorsqu'il y a lieu à la falcidie, l'héritier qui les acquitte à temps, doit faire sur toute la somme ou chose léguée, la même distraction qu'il a faite ou qu'il est en droit de faire sur les legs purs et simples.

Mais quel sera, par rapport aux autres légataires, l'effet de la perception que l'héritier fera avant l'échéance, des fruits ou intérêts de la somme léguée à temps ou sous condition?

Dans les legs à temps, les intérêts ou fruits que l'héritier perçoit dans l'intervalle de l'ouverture de la succession à l'échéance, lui appartiennent, comme on l'a dit, et même à titre héréditaire; mais ils tournent indirectement au profit des autres légataires, en ce qu'on les impute dans la falcidie, et que, par conséquent, ils diminuent d'autant la distraction que ceux-ci sont dans le cas de souffrir. C'est ce que portent les lois 45 et 73, §. 4, D. *ad legem Falcidiam*, et la loi 3, §. 2, 3, D. *si cui plus quàm per legem Falcidiam licet legatum*.

Il en est de même dans les legs conditionnels, comme le prouvent les lois 66 et 88, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam*.

Quelques-uns avaient cru qu'en ce cas, il fallait estimer le legs au prix qu'il aurait pu se vendre, eu égard à l'incertitude de la condition; mais leur opinion a été rejetée, et l'on a établi qu'il ne fallait, en cette matière, tenir aucun compte du legs, tant que la condition n'en serait pas arrivée; que, dans l'intervalle, les légataires purs et simples devaient toujours obtenir la délivrance des leurs, comme si le legs conditionnel n'eût pas existé, en donnant néanmoins caution de restituer, après l'événement de la condition, ce qu'ils seraient trouvés avoir reçu au-delà du taux fixé par la loi *Falcidia*. C'est ce que prescrivent la loi 1, §. 12 et 16, la loi 45, §. 1, la loi 73, §. 2, D. *ad legem Falcidiam*; la loi 1, §. 7, et la loi 3, §. 3, D. *si cui plus quam per legem Falcidiam licet legatum*.

Mais que serait-ce, si la chose léguée conditionnellement venait à périr par cas fortuit avant l'événement de la condition? Faudrait-il la comprendre dans le patrimoine du défunt, pour diminuer jusqu'à concurrence de sa va-

leur, la distraction que doivent souffrir les autres légataires?

C'est ce qu'on ne pourrait décider que par la suite des temps. Si la condition venait à s'accomplir, ce serait pour le compte du légataire que la chose serait censée être périe; et par conséquent on ne pourrait pas l'imputer dans la falcidie de l'héritier. Mais si la condition manquait, l'héritier serait réputé avoir toujours été propriétaire de la chose; conséquemment elle serait périe pour son compte, et on l'imputerait dans sa falcidie. C'est ce que portent les §. 1 et 4 de la loi 11, D. *ad legem Falcidiam.*

VIII. La qualité des légataires, quelque relevée ou favorable qu'elle soit, ne les affranchit pas de la distraction de la falcidie. La loi 2, C. *ad legem Falcidiam*, dit en général que personne n'en est exempt. La loi 4 du même titre y assujétit même les legs faits au souverain. Il en est de même de ceux qui sont laissés au public ou aux communautés d'habitans. La loi 1, §. 5, la loi 3, §. dernier, D., et la loi 6, §. 1, C. *ad legem Falcidiam*, y sont formelles. Les prélegs dont un testateur gratifie quelquefois un de ses héritiers, n'en sont pas non plus exempts. La loi 17, C. au même titre, et la loi 35, §. 1, D. *de heredibus instituendis*, en contiennent des dispositions expresses.

Il semble, d'après cela, que les legs pieux ne devraient jouir d'aucun privilége en cette matière; cependant les opinions des auteurs sont partagées à cet égard.

La loi 1, §. 5, D. *ad legem Falcidiam*, les soumet bien clairement à la falcidie: *ad municipum quoque legata, vel etiam ea quæ Deo relinquuntur, lex Falcidia pertinet.* Ce texte prouve au moins que, dans l'ancien droit, les legs pieux n'étaient nullement privilégiés relativement à la falcidie. Il est vrai que le jurisconsulte Paul fait entendre le contraire dans ses *receptæ sententiæ*, liv. 4, tit. 3, §. 3; mais, comme on vient de le voir, les rédacteurs des Pandectes ont rejeté son opinion.

Justinien, au contraire, l'a adoptée formellement dans la loi 49, C. *de episcopis et clericis: Quomodò*, dit-il, *ferendum est hoc quod in sacrum venerit, per falcidiam aut aliam occasionem minui?*

Jusque-là, tout est clair; mais ce qui fait la difficulté, c'est que les uns regardent cette loi comme abrogée par le chap. 12 de la novelle 131; et que les autres, au contraire, ne lisent dans ce second texte qu'une confirmation du premier.

Voici les termes de la novelle: *Si autem heres quæ ad pias causas relicta sunt, non impleverit, dicens relictam sibi substantiam non sufficere ad ista, præcipimus, omni falcidiâ vacante, quidquid invenitur in tali substantiâ, proficere, pro jussione sanctissimi locorum episcopi, ad causas quibus relictum est.*

On voit que Justinien fait évidemment cesser la falcidie dans les legs pieux; mais Wissenbach, sur les Pandectes, tome 2, *disp.* 8, n° 20, Fornerius, *lib.* 2, *select.*, *cap.* 25, et Fachinée, liv. 5, chap. 17, soutiennent que cette disposition est limitée au cas où l'héritier s'est laissé constituer en demeure d'acquitter les legs pieux; en sorte que, suivant eux, la privation de la falcidie qu'elle prononce contre lui, n'est que la peine de son retard et de ses tergiversations.

Les autres auteurs pensent que la novelle parle généralement, et cette opinion nous paraît la plus exacte. Le texte de Justinien n'est point assez précis pour qu'on puisse en induire une restriction aussi considérable que le serait celle dont il s'agit. D'ailleurs, on ne doit pas présumer facilement la dérogation aux lois précédentes; toute loi qui en abroge ou change une autre, le fait en termes précis; et néanmoins dans le système que nous combattons, il faudrait regarder comme abrogée, par une novelle dont on est forcé de convenir que le sens n'est pas clair, une loi du Code qui déclare, de la manière la plus positive, les legs pieux exempts de toute contribution à la falcidie. Enfin les *Basiliques*, qui ne sont autre chose qu'une version libre du corps de droit, faite en grec par ordre de l'empereur Basile, ont rendu, suivant notre opinion, le sens de la novelle de Justinien; et tout le monde sait combien est respectable l'autorité de ces livres, surtout dans les matières, où le texte original est obscur.

Ces raisons ont déterminé l'usage en faveur du parti que nous soutenons. C'est ce qu'attestent Grotius dans son introduction à la jurisprudence de Hollande, liv. 2, chap. 23, n° 36; Van-Leuwen, *Censura forensis*, part. 1, liv. 3, chap 9; Carpzovius, *definitiones forenses*, part. 3, constit. 1, tit. 28, défin. 1re; le président Favre, dans son Code, liv. 6, et Catellan, liv. 1, chap. 53. Il y en a même un arrêt du parlement de Provence, du 30 juin 1646; il est rapporté par Mourgues à la suite d'un édit rendu pour la même province, le 14 décembre 1456, et qui en contient, comme on le verra ci-après, une disposition expresse.

Mais cet usage ne subsiste plus en France,

par rapport aux héritiers qui ont droit de légitime : il a été abrogé à cet égard par l'ordonnance de 1735. L'art. 78 de cette loi porte que « toutes les dispositions de la présente ordonnance, soit sur le fond des testamens, codicilles et autres actes de dernière volonté, seront exécutés, encore que lesdites dispositions, de quelque espèce qu'elles soient, eussent la cause pie pour objet » ; et par-là, sont évidemment déclarées communes aux legs pieux, les dispositions des art. 56, 57, 58 et 60, qui permettent en général au légitimaire chargé de legs excessifs, d'en distraire la falcidie. C'est l'avis de Serres, dans ses *Institutions au droit français*, liv. 2, tit. 22, §. 3.

IX. La falcidie n'a point lieu dans le legs que fait un testateur à un tiers, des titres, papiers et documens concernant un bien dont celui-ci est propriétaire. La loi 15, C. *ad legem Falcidiam*, le décide ainsi, et cela est fondé sur l'équité même ; car le retranchement qu'on ferait dans un legs de cette espèce, ne profiterait aucunement à l'héritier, et ne ferait que nuire au légataire. *Malitiis indulgendum non est.*

X. Le legs que fait un mari à sa femme, de la dot qu'elle lui a apportée et qu'il est obligé de lui restituer, et celui que fait un débiteur à son créancier de la chose qu'il lui doit, sont pareillement affranchis de toute distraction, lorsqu'ils ne contiennent rien de plus que ce qui est véritablement dû aux légataires, parceque, dans ce cas, ce ne sont point des libéralités, mais leur propre bien que ceux-ci reçoivent de la main du testateur.

Mais, si ces sortes de legs procuraient quelque avantage aux créanciers (1), ils seraient soumis, jusqu'à cette concurrence, au retranchement de la falcidie. C'est ce que décident la loi 1, §. 10, la loi 5, la loi 81, §. 1, D. *ad legem Falcidiam* ; la loi 1, §. 12 et 13, la loi 2, §. 1, D. *de dote prælegatâ* ; et la loi 7, §. dernier, D. *de legatis* 3°.

XI. Le §. 2 de la loi 81, D. *ad legem Falcidiam*, exempte encore de la falcidie le legs que fait un mari à sa femme, des choses qu'il avait achetées pour son usage, *quæ uxoris causâ emptæ paratæ essent.* Ce texte remarque même que la loi Falcidia en contenait une disposition expresse : *nominatim ipsâ Falcidiâ lege expressum est.*

Despeisses en donne cette raison : « La loi » a pris grand soin et désire que les femmes, » après la mort de leurs maris, aient de quoi » vivre ou se remarier ; c'est pourquoi elle a » défendu la falcidie audit cas ».

Mais, selon Voët, cette disposition est uniquement fondée sur le principe que les dispositions entre-vifs ne sont pas sujettes à la falcidie. En effet, dit-il, la loi 49, §. 3, D. *de legatis* 3°, fait entendre que les choses achetées par un mari pour l'usage de sa femme, sont, à ce seul titre, réputées appartenir à celle-ci.

Mais Voët n'a point fait attention au vrai sens de cette loi : elle distingue les choses assignées par le mari à sa femme, d'avec celles qu'il a simplement achetées dans l'intention de les lui donner ; et en insinuant que les unes appartiennent à la femme à cause de la tradition qui lui en a été faite, elle déclare formellement que, pour être en droit de prétendre les autres, elle a besoin que son mari lui en ait fait donation par son testament. La raison de Voët ne peut donc pas s'appliquer à ces derniers objets ; et par conséquent on ne peut attribuer leur exemption de la falcidie qu'à des motifs de pure bienséance.

Si le mari, au lieu de faire directement à sa femme les legs sur lesquels on vient de voir que le retranchement de la falcidie est défendu, les faisait à un tiers, avec la charge de restituer à sa femme, l'héritier pourrait-il prétendre que ce circuit les soumet à la distraction ?

La loi 57, D. *ad legem Falcidiam*, décide qu'il ne le peut pas ; et cela, dit-elle, parceque on ne considère nullement la personne interposée, et qu'on n'a égard qu'à celui à qui doit se faire la restitution : *et sanè in plerisque ità observatur, ut, omissâ interpositi personâ, capientis persona spectetur.*

On oppose à cette décision, la loi 1, §. 12, D. *de dote prælegatâ*, qui, en effet, y paraît contraire. Voici ce qu'elle porte : « Julien » demande si la dot étant léguée à un tiers » avec charge de la restituer à la femme, la » falcidie doit avoir lieu sur le legs ? et il » répond qu'elle a lieu ; mais que la femme » recouvrera par l'action dotale ce qui se » trouvera de moins dans le fideicommis. Et » moi, je demande si l'on doit avoir égard, » dans ce legs, aux avantages de l'anticipation du paiement, comme si la dot était » léguée à la femme elle-même : l'affirmative » ne me paraît pas douteuse ».

Deux réponses à cette loi.

1° Le parti qu'elle propose, d'après le jurisconsulte Julien, revient au même que celui de la loi 57, D. *ad legem Falcidiam.*

(1) *V.* l'article *Legs*, sect. 3, §. 3, n° 5.

Qu'importe, en effet, que l'héritier réduise la falcidie du legs de la dot, et qu'ensuite, poursuivi par la femme en vertu de l'action dotale, il soit obligé de remplir le vide que sa distraction a formé dans le fidéicommis; ou que, prenant un chemin plus court, et évitant un circuit inutile, il fournisse tout de suite au légataire le montant entier de la dot, sans en déduire la falcidie, si ce n'est à raison de ce qu'il peut y avoir de plus dans le legs que dans la dot même, et que, par ce moyen, la femme reçoive sa dot entière des mains du légataire chargé de la lui restituer? *Il est* évident qu'il n'y a aucune différence effective d'un cas à l'autre, et que les deux manières d'opérer tendent absolument au même but.

2° Il ne paraît pas que le sentiment proposé par Julien, soit adopté par la loi. Elle commence par rendre compte de sa question et de la réponse qu'il y a faite. *Quærit*, dit-elle, *si dos alii legata esset, eamque rogatus sit mulieri restituere, an lex falcidia in legato locum haberet? Et dicit habere, sed quod minus est in fideicommisso mulierem dotis actione consecuturam.* Voilà ce que dit Julien; mais la loi ne l'approuve pas; elle fait même entendre qu'il pose mal l'état de la question, puisqu'immédiatement après, elle le présente d'une autre manière, et substitue une autre réponse à celle du jurisconsulte cité. Voici comment elle s'exprime : *Ego quæro an commoda repræsentationis in hoc legato sic observentur, atque si dos ipsi mulieri fuisset relegata? Et puto habere.* C'est comme si elle disait qu'il ne fallait pas mettre en question si la falcidie a lieu dans le legs, et par suite dans le fidéicommis, de la dot; mais si l'on peut déduire la falcidie de ce qu'on appelle *commodum repræsentationis*, c'est-à-dire, des avantages que produit l'anticipation du terme dans lequel le paiement de la dot eût dû être fait, en vertu de l'action dotale, ou, ce qui est la même chose, si ces avantages doivent être diminués par la falcidie entre les mains du légataire interposé, comme ils l'auraient été dans le cas où la dot eût été léguée directement à la femme, *atque si dos ipsi mulieri fuisset legata.* Et l'affirmative ne me paraît pas douteuse, répond la loi, *et puto habere*, ou, en d'autres termes, il faut répondre que le *commodum repræsentationis* est soumis, entre les mains du légataire interposé, à la même distraction qu'entre celles de la femme elle-même.

§. II. *A quelles personnes appartient la distraction de la falcidie?*

I. Que l'héritier testamentaire ait le droit de distraire la falcidie des legs qui absorbent la succession, c'est ce qu'on a déjà établi dans plusieurs passages de cet article.

Mais l'héritier *ab intestat* jouit-il du même droit?

La loi Falcidia ne le lui accordait pas; mais l'empereur Antonin a ordonné, par une constitution dont il est parlé dans la loi 18, D. *ad legem Falcidiam*, que les fidéicommis particuliers, laissés *ab intestat*, seraient sujets, de la part de l'héritier du sang, à la même distraction que les dispositions testamentaires de la part de l'héritier institué.

C'est aussi ce que déclarent les art. 57 et 58 de l'ordonnance de 1735. Voici comment ils sont conçus.

« Lorsque le testament contiendra la clause codicillaire, que l'institution d'héritier ne sera sans effet qu'à cause d'un défaut de solennité ou de la caducité de ladite institution, les héritiers *ab intestat*, qui ont droit de légitime et qui prennent, audit cas, la place de l'héritier institué, pourront pareillement faire distraction des Quartes falcidie et trébellianique, et celle de la légitime sur la totalité desdits biens (1).

» Dans le cas porté par l'art. 52, où nonobstant la clause codicillaire, l'institution d'héritier ne peut valoir, même comme fidéicommis, à cause du vice de la prétérition, et où le testament ne subsiste que pour le surplus des dispositions du testateur, ceux qui ont droit de légitime, pourront faire la distraction desdites Quartes falcidie et trébellianique sur les legs et fidéicommis, et en outre retenir leur légitime sur iceux, en cas que les biens, qui leur appartiendront par la nullité de l'institution, ne suffisent pas pour remplir ladite légitime ».

II. L'héritier qui n'a pas distrait lui-même la falcidie, transmet-il à ses successeurs et ayant-cause le droit de la distraire?

Il y a plusieurs textes qui ne permettent pas de douter de l'affirmative. La loi 1, C. *ad legem Falcidiam*, porte que l'héritier de l'héritier peut distraire la falcidie de la même manière que l'aurait fait son auteur. La loi 5, C., la loi 59, §. 1, D. du même titre, et la loi 5, §. dernier, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, déclarent qu'il en est de même du fisc, lorsqu'il succède à un héritier, soit par droit de déshérence, soit à titre de confiscation. Il résulte de la loi 71, D. *ad legem Falcidiam*, et de la loi 2, D. *de hereditate*

---

(1) *V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 4, n° 8.

vel actione venditâ, combinées l'une avec l'autre, que l'acheteur d'une hérédité peut également exercer ce droit. La loi 76, §. 1, D. *de legatis 2°*, et la loi 28, D. *de donationibus*, établissent la même chose en faveur de celui à qui l'héritier a donné toute la succession.

III. L'héritier fidéicommissaire n'a point de falcidie à distraire, soit sur les legs dont il est chargé personnellement, soit sur ceux dont le fiduciaire lui a transmis le fardeau en lui restituant l'hérédité. C'est ce que portent la loi 47, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*, la loi 63, §. 11, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.

Il faut cependant en excepter deux cas.

Le premier est, suivant la loi 1, §. 19, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, lorsque l'héritier fiduciaire s'est abstenu en faveur du fidéicommissaire, de la distraction de la falcidie.

Le second est lorsque c'est uniquement par force et de l'autorité du juge, que l'héritier fiduciaire appréhende la succession; comme alors il ne gagne ni ne risque rien par son appréhension, comme c'est au fidéicommissaire qu'appartiennent tous les profits de l'hérédité, et que c'est sur lui qu'en retombent toutes les pertes, il est juste que celui-ci déduise la falcidie de la même manière que l'aurait pu faire celui-là. C'est la disposition de la loi 63, §. 11, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.

IV. Les légataires n'ont, en cette matière, aucun droit de distraction sur les arrières-legs dont ils sont chargés. La loi 47, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*, y est expresse.

La loi 1, §. 13, D. *si cui plus quàm per legem Falcidiam licet legatum*, ne contrarie nullement cette décision : elle porte, à la vérité, que le légataire grevé de fidéicommis, peut, en cas qu'il y ait des contestations sur la suffisance ou l'insuffisance de la succession, obliger le fidéicommissaire à lui donner caution pour la restitution de ce qui peut excéder le taux réglé par la loi Falcidia; mais elle ne l'autorise pas pour cela à distraire une falcidie de son chef; elle veut seulement que le fidéicommissaire lui tienne compte du retranchement qu'il peut souffrir de la part de l'héritier, et diminue lui-même jusqu'à cette concurrence, le fidéicommis qu'il a droit de recueillir. Supposons, par exemple, qu'un légataire de vingt louis soit chargé d'en restituer cinq à un autre : sans doute, s'il reçoit tout son legs des mains de l'héritier, il ne pourra pas se dispenser de compter cinq louis au fidéicommissaire; mais si l'héritier, par le moyen de la falcidie, lui retranche un quart de son legs et ne lui donne que seize louis, il usera du même droit envers le fidéicommissaire; et au lieu de cinq louis il ne lui en fournira que quatre. Ainsi, la défense qui est faite au légataire de prendre une falcidie de son chef, ne l'empêche pas d'imputer au fidéicommissaire, à proportion de ce qu'il est tenu de lui restituer, la distraction que l'héritier a exercée à son égard. C'est ce qu'établissent la loi 32, §. 4, D. *ad legem Falcidiam*, la loi 63, §. 12, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, la loi 55, D. *si cui plus quàm per legem Falcidiam licet legatum*. Et ce qui prouve démonstrativement que le légataire n'est en cela aucunement censé prendre une falcidie, c'est qu'il peut obliger le fidéicommissaire de donner caution à l'héritier même, de lui rendre directement et sans circuit ce qui se trouvera dans son fidéicommis, au-dessus de la règle fixée par la loi Falcidia. C'est la disposition expresse du dernier des textes cités.

V. Le refus que la loi fait aux légataires du droit de retenir une falcidie sur les fidéicommis dont ils sont chargés, est si absolu, que l'héritier lui-même ne jouit pas de ce droit, à l'égard des fidéicommis dont il n'est chargé qu'en qualité de légataire. Par exemple, Titius est institué héritier pour une moitié, et nommé en outre légataire d'un fonds particulier, avec charge de le restituer à Sempronius : comme il ne prend pas ce fonds à titre héréditaire, mais par droit de legs, il ne peut pas en retenir la Quarte falcidie. C'est ce qui résulte de la loi 63, §. 11, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.

Par une suite du même principe, celui à qui est léguée une certaine portion d'hérédité, ne peut pas, lorsqu'il est chargé de la restituer à un autre, y exercer le retranchement de la falcidie, parcequ'il n'est pas héritier, mais légataire. Il y en a une décision textuelle dans la loi 22, §. dernier, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*.

VI. Nous avons dit plus haut que la falcidie n'a pas seulement été introduite en faveur des testateurs, mais qu'elle a aussi pour objet l'avantage des héritiers.

De là vient que chaque héritier doit avoir le quart juste de la portion dans laquelle il a été institué, quoiqu'il y en ait un autre qui prend seul le quart de toute la succession. C'est ce que porte le §. 1, Inst. *ad legem Falcidiam*. Il n'en serait pas de même, si l'on ne considérait que l'intérêt du testateur;

car l'acceptation d'un seul des héritiers assurerait l'exécution du testament dans tout son contenu, et la répudiation des autres n'y porterait aucune atteinte.

VII. Lorsque, par l'acceptation d'un héritier et la répudiation d'un autre, il se fait un accroissement de la portion de celui-ci à la portion de celui-là, l'héritier qui a accepté, peut-il distraire la falcidie sur ce qui lui est accru ?

Il faut distinguer : ou une portion surchargée de legs, accroît à une portion libre ; ou au contraire une portion libre accroît à une portion surchargée de legs.

Dans le premier cas, la portion accrue doit être considérée comme si elle était entre les mains de celui qui l'a répudiée ; et conséquemment elle est soumise entre celles de l'héritier qui la prend par accroissement, à la distraction qu'elle aurait soufferte en suivant sa destination primitive. Autrement, à quoi servirait le droit d'accroissement à l'héritier en faveur de qui il s'opère ? Ce ne serait pour lui qu'une charge de plus. Au reste, la loi 78, D. *ad legem Falcidiam*, est formelle sur ce point.

La loi 1, §. 14, du même titre paraît, du premier coup d'œil, contraire à cette décision ; mais il suffit de l'examiner de près, pour sentir qu'elle ne fait que la confirmer. En voici les termes :

« Si la portion de mon co-héritier est épuisée, tandis que la mienne est entière, et » que je revendique celle-là, Cassius est d'avis qu'il faut les confondre l'une avec l'autre : mais Proculus soutient qu'il ne faut » pas faire un pareil mélange. C'est aussi le » sentiment de Julien, et je le crois plus » probable. ». *Si coheredis mei portio exhausta sit, mea integra, et illam vindicavero, Cassius confundendas esse partes existimat ; Proculus contrà, in quâ specie et Julianus Proculo assentit. Quam sententiam probabiliorem esse puto.*

Jusqu'ici, il n'y a rien, comme on le voit, dans ce texte, qui ne soit conforme à la loi 78. Reste à savoir si ce qui suit, ne la contrarie pas : « On assure même que l'empe- » reur Antonin a jugé qu'il fallait confondre » les deux portions pour liquider la falcidie ». *Sed et divus Antonius judicasse dicitur commiscendas esse utrasque partes in computatione legis Falcidiæ.*

On répond de deux manières à ces derniers termes.

D'abord, il n'est pas certain que le texte soit exact : Cujas, liv. 4, obs. 35, soutient qu'il faut ajouter la particule *non* entre le mot *dicitur* et le mot *commiscendas* ; et, en effet, tout ce qui précède, semble nécessiter cette correction. Les termes *sed et* annoncent une confirmation de ce qu'on vient de dire ; le sens de Paul, auteur de cette loi, est donc que, non-seulement Proculus, Julien et lui, rejettent l'avis de Cassius, mais encore (*sed et*) que l'empereur Antonin a fait de leur opinion la base d'un de ses arrêts.

En second lieu, Paul aurait pu dire que l'empereur Antonin avait suivi l'opinion de Cassius, sans pour cela changer lui-même de sentiment. Nous voyons nous-mêmes les auteurs modernes commencer souvent par établir une opinion, et convenir ensuite, sans cependant se rétracter, qu'elle est contrariée par quelques arrêts. Paul en a usé de même : il a dit, ou plutôt la loi que nous examinons, a dit après lui, que l'avis de Proculus et de Julien devait être préféré à celui de Cassius. Voilà son véritable sentiment. Qu'importe qu'après il ait ajouté que l'empereur Antonin en avait jugé autrement dans un cas particulier ? La mention qu'il fait, en passant, de cet arrêt, ne détruit point ce qu'il a établi précédemment. Il n'est pas nouveau, d'ailleurs, de voir ce jurisconsulte rapporter des arrêts impériaux sans les suivre. Il y en a des exemples dans la loi 25, D. *de minoribus*, et dans la loi 97, D. *de acquirendâ hereditate*.

Lorsqu'une portion libre accroît à une portion chargée de legs, la falcidie ne se distrait point de celle-ci, et, par conséquent les légataires profitent indirectement de celle-là. C'est la disposition de la loi 78, D. *ad legem Falcidiam* ; et la raison en est simple. On verra ci-après que l'héritier ne peut distraire une falcidie, que lorsque tout ce qu'il recueille à titre héréditaire, n'en remplit point le montant. Or, c'est à titre héréditaire qu'il prend la portion que son co-héritier a répudiée et laissée vacante ; elle doit donc tourner à la décharge des légataires, et empêcher ou diminuer la distraction qu'ils seraient dans le cas de souffrir, si l'héritier chargé de leurs legs, était borné à la portion dans laquelle le testateur l'avait institué.

On voit quelque chose de semblable à ce que nous venons de dire, dans la distinction que faisaient les lois au sujet du maître et de l'esclave institués conjointement. Comme la portion de l'esclave appartenait de plein droit au maître, et lui accroissait en quelque sorte en vertu de la puissance qu'il avait sur son co-héritier, on demanda si, étant surchargée de legs, elle était sujette, de la part du maître dont la portion était entièrement libre, à la

même distraction de falcidie, que si elle eût appartenu à l'esclave; et il fut décidé pour l'affirmative par la loi 21, §. 1, D. *ad legem Falcidiam.* On retourna ensuite la question: on demanda si, la portion de l'esclave étant tout-à-fait libre, le maître pouvait la retenir en entier, et prendre en outre la falcidie sur les legs dont sa propre portion était surchargée; et il fut décidé pour la négative par la loi 25 du même titre. C'est aussi ce qui résulte de la loi 21, §. 1, en la ponctuant de cette manière : *Si ego et servus meus heredes instituti simus ex diversis partibus, nec à servo erogatus dodrans: his quibus à me legatum est, contrà falcidiam proderit, quod ex portione servi ad me pervenit suprà falcidiam ejus portionis.*

VIII. Lorsqu'une personne est à la fois nommée co-héritière et substituée à un impubère, il faut distinguer si c'est la portion de l'impubère, ou si c'est celle de son co-héritier et substitué, qui est chargée de legs au-delà des trois quarts.

Si c'est celle de l'impubère, il faut encore distinguer le cas de la substitution vulgaire, d'avec le cas de la substitution pupillaire.

Si le pupille a été héritier de son père, et que, par ce moyen, sa mort, arrivée avant l'âge de puberté, donne ouverture à la substitution pupillaire, le substitué peut exercer sur les legs dont la portion du pupille est chargée, le même retranchement que celui-ci eût fait lui-même, par la raison que le pupille, en appréhendant la succession de son père, a acquis un droit incontestable à la falcidie, et l'a par conséquent transmis à son substitué, qui est, en cette partie, son représentant et son héritier. C'est ce que décident la loi 1, §. 7, et la loi 87, §. 4, D. *ad legem Falcidiam.*

Mais si le pupille n'a point été héritier de son père, le substitué, qui dans ce cas, ne vient que par droit de substitution vulgaire, est considéré comme seul chargé de legs; sa portion se confond avec celle du pupille; et l'on reprend sur l'une ce qui manque à l'autre pour compléter la Quarte falcidie. C'est ce que porte expressément le dernier des textes que nous venons de citer.

On demandera sans doute d'où vient cette différence entre l'héritier qui succède par droit d'accroissement à la portion devenue caduque par la répudiation de son co-héritier, et l'héritier qui prend à titre de substitution vulgaire, la portion à laquelle il était appelé dans le cas du prédécès ou de l'abstention du pupille.

Il faut répondre que celui-ci ayant en sa faveur une vocation expresse du testateur à la portion du pupille, il ne doit pas paraître étonnant qu'on le considère comme succédant seul dès le principe, et qu'en conséquence on le restreigne à une seule Quarte; que cela est même observé à l'égard de celui qui, étant institué avec un étranger, lui est substitué par une disposition particulière, comme le prouve la loi 87, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam;* qu'au contraire, le co-héritier, qui ne vient que par droit d'accroissement à une portion vacante, la reçoit plutôt des mains de la loi que de celles du testateur; qu'au moins, si la volonté du testateur y a quelque part, ce n'est que d'une manière indirecte, et par une interprétation, pour ainsi dire, forcée qu'on lui donne, pour la concilier avec la défense que fait le droit civil, de mourir *partim testatus, partim intestatus;* qu'ainsi, la loi opérant presque seule en cette matière, il a paru juste qu'en déférant au co-héritier la portion qui se trouverait vacante, elle ne lui attribuât pas un droit illusoire, et qu'il pût au moins y prendre une falcidie, indépendamment de la portion qu'il aurait de son chef.

IX. Lorsqu'au lieu de la portion du pupille, c'est celle du substitué qui est chargée de legs au-delà des trois quarts, on ne distingue plus si celui-ci succède à la première par substitution pupillaire, ou par substitution vulgaire. Dans un cas comme dans l'autre, on confond les deux portions, et le substitué n'en distrait qu'une Quarte. Nous en trouvons une disposition expresse dans la loi 87, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam.*

Il faut dire la même chose lorsque les deux portions, celle du pupille et celle de son substitué, sont chargées de legs au-delà des trois quarts, et que le substitué recueille toute l'hérédité par droit de substitution vulgaire : car, dans ce cas, tous les legs et les deux portions s'identifient dans la personne du substitué, comme s'il eût été seul appelé et chargé par le testateur. C'est ce qui résulte de la loi 11, §. 5 et 7, et de la loi 79 du titre cité.

X. Un père institue pour héritiers son fils impubère et un étranger; il charge ce dernier de plusieurs legs, et n'en met aucun sur le compte de son fils; par une autre disposition, il substitue à son fils l'héritier étranger, qu'il grève encore de nouveaux legs au cas que la substitution ait lieu.

Dans cette espèce, il faut confondre les legs portés dans le second testament, avec ceux qui

sont contenus dans le premier, soit parceque le testateur, en chargeant ainsi l'héritier qu'il donne à son fils, doit être considéré comme chargeant le sien propre sous une condition différente, soit parcequ'en cette matière, les legs qui sont laissés par le second testament, sont censés laissés par le premier, sous la condition attachée à la substitution. C'est ce qu'établissent la loi 1, §. 12, la loi 11, §. 5 et 7, les lois 31, 79 et 80, D. *ad legem Falcidiam*, et la loi 1, §. 1, D. *si qui plus quàm per legem Falcidiam licet legatum.*

XI. Un père institue héritiers ses deux fils impubères, les charge tous deux de legs, et leur substitue un étranger : ils meurent avant l'âge de puberté; le substitué qui prend leurs successions, et trouve dans l'une le juste quart de toute l'hérédité paternelle, peut-il encore prétendre une falcidie dans l'autre? La loi 14, §. 2, D. *ad legem Falcidiam*, répond qu'il ne le peut pas.

Il en serait autrement, si l'étranger n'était pas substitué à l'un et à l'autre pupilles, mais seulement au dernier mourant des deux. Dans ce cas, celui des pupilles qui décéderait le premier, mourrait *intestat;* sa succession se confondrait, à la vérité, avec celle de son frère, par la loi du sang; mais cette confusion ne serait d'aucun effet par rapport à la falcidie, et le substitué du dernier mourant ne serait point tenu, en les prenant toutes deux, d'imputer la première sur la Quarte qu'il aurait droit de prendre dans la seconde. C'est ce que décident formellement la loi 14, §. 3, D. *ad legem Falcidiam*, et la loi 42, D. *de vulgari et pupillari substitutione.*

XII. La loi 11, §. 7, D. *ad legem Falcidiam*, nous présente une espèce remarquable : pour en faciliter l'intelligence, traduisons l'explication qu'en a donnée l'auteur de la grande glose.

« Titius a institué héritier son fils impubère, et l'a chargé de legs; il lui a ensuite substitué pupillairement Mévius et Seïus; il a chargé Mévius de legs qui excédaient les trois quarts de sa portion; mais ceux qu'il a imposés à Seïus, laissaient à celui-ci plus d'un quart de sa portion absolument libre. Titius est décédé après avoir disposé de la sorte. Son fils est mort impubère, et, par ce moyen, il y a eu ouverture à la substitution pupillaire; c'est-à-dire que Mévius a pris la moitié de l'hérédité, et Seïus l'autre moitié.

» Maintenant on demande si Mévius, dont la portion est absorbée par les legs que le testateur lui a imposés personnellement, peut forcer les personnes à qui ils sont laissés, de lui en abandonner la falcidie.

» Il y a trois raisons pour la négative. 1° Si les biens n'étaient pas parvenus au substitué, il n'aurait pas été question du moindre retranchement, puisque l'impubère n'était pas chargé au-delà des trois quarts. 2° S'il n'y avait qu'un substitué, il ne pourrait pas prétendre de Falcidie, sous prétexte que la moitié de la succession se trouverait grevée de legs qui excéderaient les trois quarts de cette moitié; il lui suffirait d'avoir le quart franc et libre du total. 3° On a établi, ci-devant, que les legs contenus dans un testament pupillaire, sont censés écrits conditionnellement dans le testament qui renferme l'institution; et qu'ainsi, le substitué doit prendre sur son quart le paiement des legs; ce qui nous conduit directement à la conséquence qu'il n'a aucun droit à la falcidie.

» Cependant, malgré ces trois raisons, il il faut dire que Mévius peut exercer la distraction dont il s'agit, sur les legs dont il est chargé nommément, comme s'il était héritier immédiat du testateur, ou, en d'autres termes, comme si le père de l'impubère l'avait institué dans la même portion qu'il l'a substitué, c'est-à-dire, dans la moitié; car on ne pourrait pas certainement lui disputer la falcidie, quoique son co-héritier eût plus du quart de toute l'hérédité franc et libre.

» La raison en est que le testament du père règle absolument, et le sort de son patrimoine, et la contribution qui se fait à la falcidie, tant par les legs dont il a grevé son fils impubère, que par ceux qu'il a mis à la charge des substitués; c'est même ce testament qui donne à l'un et à l'autre objet l'existence et la forme; il faut donc faire abstraction de la personne intermédiaire du pupille, rappeler les substitués à l'acte d'où ils tirent leurs droits, les considérer comme institués immédiatement par le testateur, et conséquemment leur permettre de distraire la falcidie de tous les legs dont ils sont chargés nommément.

» Passons maintenant à Seïus, dont la portion n'a point été chargée au-delà des trois quarts. Supposons que le pupille à qui il était substitué pour une moitié, soit décédé sans avoir payé les legs que le testateur avait mis à sa charge. Supposons encore qu'en acquittant à la fois et les legs dont il est grevé personnellement, et ceux que le pupille devait payer, Seïus soit obligé de toucher à son quart, et en consomme une partie : dans ce cas, pourra-t-il prétendre la falcidie sur tous les legs?

» Deux raisons semblent prouver que non.

» 1° Le quart de la portion dans laquelle il est substitué, n'est nullement entamé par les legs dont le testateur l'a chargé.

» 2° On ne peut pas appliquer ici la comparaison qu'on vient de faire des substitués aux institués; car si l'on rappelle Seïus à l'origine même de sa vocation, et qu'on le regarde comme institué directement par le testateur, sur quel fondement pourra-t-il demander une falcidie? Un institué qui, après avoir acquitté les legs dont il est chargé nommément, trouve encore son quart net, n'a point de retranchement à exercer.

» Mais ces raisons sont combattues par une autre bien plus décisive, et il faut dire que Seïus a droit à la falcidie. En effet, on ne pourrait la lui refuser, sans aller contre le principe avoué de tous les jurisconsultes et établi dans le paragraphe précédent de cette loi, qu'il se fait une contribution entre les legs dont le pupille est chargé par son institution, et ceux dont les substitués sont chargés par la substitution, et qu'on ne prend sur le tout qu'une falcidie.

» Que, si, dans l'espèce proposée, le pupille avait payé de son vivant les legs qu'il était tenu d'acquitter, et que son tuteur eût fait donner caution aux légataires de restituer ce qu'ils se trouveraient avoir reçu de trop, au cas que la substitution pupillaire vînt à s'ouvrir, et donnât lieu à la demande d'autres legs, Mévius et Seïus pourraient, en vertu de cette stipulation, obliger ces légataires à leur rendre ce qu'ils eussent été en droit de retrancher de leurs legs, si le pupille était mort sans les payer ».

§. III. *Des cas où la falcidie n'a pas lieu.*

I. Le premier de ces cas est lorsque le testateur interdit à son héritier le droit de distraire la falcidie sur les legs dont il le charge.

Dans l'ancienne jurisprudence, on n'avait aucun égard à ces sortes de prohibitions : on regardait même comme nulles toutes les conventions que le testateur eût pu faire de son vivant avec son héritier, pour l'obliger au paiement entier des legs excessifs; et quelques peines, quelques menaces même d'exhérédation qu'il y eût ajoutées, elles n'en avaient pas plus d'effet. C'est ce que nous apprennent la loi 15, §. 1, la loi 27, D. et la loi 11, C. *ad legem Falcidiam.*

Il pouvait cependant empêcher la distraction de la falcidie sur un legs singulier; mais alors l'héritier reprenait sur les autres ce qu'il avait payé de trop en conséquence de cette prohibition, et ses droits n'en souffraient aucune atteinte. La loi 64, D., au titre cité, est formelle sur ce point.

Le testateur pouvait encore, comme le prouve la loi 88, §. 2, ordonner que la falcidie serait entièrement prise sur certains legs, à la décharge de tous les autres.

Mais l'empereur Justinien a été plus loin dans sa première novelle: le §. 2 du chap. 2 de cette loi porte que le testateur peut défendre à son héritier de rien retenir à titre de falcidie sur tous les legs qu'il fait: *Si verò expressim designaverit non velle heredem retinere falcidiam, necessarium est testatoris valere sententiam;* et tel est l'usage universel des pays de droit écrit, *si* l'on en excepte, suivant Perèz (1), quelques parties de la Belgique autrichienne.

Quelques auteurs prétendent que la disposition de cette novelle ne comprend pas les descendans du testateur; en sorte qu'à les entendre, il ne serait pas au pouvoir d'un père d'interdire à ses enfans le retranchement de la falcidie sur les legs dont il les charge. Tels sont Peregrini, *de fideicommissis*, art. 3, n° 55; Vanleeuwen, *censura forensis*, part. 1, liv. 3, chap. 9, n° 3; Grotius, *manuductio ad jurisprudentiam Hollandiæ*, liv. 2, chap. 20, n°s 16 et 17; et Voët, sur les Pandectes, tit. 2, n° 11.

Mais cette opinion n'a aucun fondement, soit dans la novelle de Justinien, soit dans les principes généraux de la matière; et elle a été rejetée par l'art. 60 de l'ordonnance de 1735 : « Sera néanmoins permis à tous testateurs (porte ce texte) de défendre, par » leur testament ou par un codicille postérieur, de retenir lesdites Quartes falcidie » et trébellianique, conjointement avec la » légitime; auquel cas, ceux qui ont droit » de légitime auront seulement le choix entre la distraction desdites Quartes et celle » de la légitime, à moins que le testateur » en eût autrement ordonné, en les réduisant » à leur légitime ».

La novelle dont nous parlons, ne fait cesser la falcidie qu'en vertu d'une prohibition expresse, *si expressim designaverit;* et l'article de l'ordonnance de 1735, que nous venons de citer, porte la même chose : « Défendons aux juges d'avoir égard à ladite pro-

(1) Sur le Code, titre *ad senatus-consultum Trebellianum*, n° dernier.

» hibition, si elle n'est faite en termes ex-» près ».

On a vu plus haut que, dans l'ancien droit, la défense que faisait un testateur de retenir la falcidie sur certains legs, n'empêchait pas l'héritier de la prendre tout entière sur les autres. En est-il encore de même dans l'état actuel de la jurisprudence?

La raison de douter est que la disposition de l'ancien droit était fondée sur l'impossibilité dans laquelle étaient les testateurs de prohiber la falcidie; impossibilité qui ne subsiste plus depuis la première novelle de Justinien.

La raison de décider, au contraire, est que Justinien lui-même a voulu que la défense de distraire la falcidie, fût expresse; qu'à la vérité, elle est telle dans notre espèce par rapport à certains legs; mais que le testateur n'ayant pas déclaré formellement que les autres legs n'y suppléeraient pas, on ne peut pas croire qu'il ait voulu empêcher son héritier de prendre sur ceux-ci de quoi remplir le vide que forment ceux-là dans sa falcidie.

Telle est, au reste, l'opinion de Jacques Ferrière, sur la question 537 de Guy-Pape; et Serres, dans ses *institutions au droit français*, dit qu'il en a été ainsi jugé au parlement de Toulouse, « par arrêt après partage, » rendu au rapport de M. de Comère, à la » seconde chambre des enquêtes, entre le » sieur Gauffre, marchand de Lodève, et » Jeanne et Marthe Fuleraud, ses nièces, » le 17 août 1719 ».

II. Le second cas où la falcidie n'a pas lieu, est lorsque l'héritier a appréhendé la succession purement et simplement, c'est-à-dire, sans employer les formalités du bénéfice d'inventaire. *V.* l'article *Légitime*, sect. 5, §. 5.

On prétend néanmoins qu'il s'est introduit un usage contraire dans la Provence; écoutons Denisart:

« Comme il a été donné un édit perpétuel, le 14 décembre 1456, pour la Provence, qui porte que l'héritier ne perdra ni ne devra perdre sa trébellianique pour n'avoir fait inventaire; et parceque tous les glossateurs pensent que la falcidie et la trébellianique sont égales, cette dernière Quarte ayant été introduite à l'exemple de la première, qui est même la plus favorable; la cour, par arrêt rendu le 7 février 1752, a ordonné la distraction de la Quarte falcidie dans la succession du sieur Sylvain, ouverte à Paris, mais dont partie des biens était en Provence, en faveur des sieurs Bonhomme, ses héritiers purs et simples.

» Dans cette espèce, la veuve de M. Sylvain avait fait faire inventaire à Paris. Les héritiers n'avaient été instruits du décès que trois ans et demi après la mort; et, lorsqu'*ils* l'apprirent, il paraissait un testament du sieur Sylvain, par lequel il avait disposé de tous ses biens en causes pies; et *la Quarte falcidienne* (suivant l'édit cité) *ne s'exerce pas sur les legs pieux*. Les lettres de bénéfice d'inventaire étaient par conséquent inutiles alors; mais on avait découvert un autre testament postérieur, qui révoquait le premier, et qui laissait subsister l'action en distraction. L'arrêt a jugé qu'*elle* pouvait, en ce cas, se demander par l'héritier pur et simple ».

III. Le troisième cas est celui où l'héritier, soit en connaissance de cause, soit par erreur de droit, a payé en entier un ou plusieurs legs sur lesquels il y avait lieu à la distraction; car non-seulement il n'est pas recevable à revenir contre ceux qui les ont reçus, pour les obliger à lui restituer ce qu'il leur a donné de trop, mais encore il est tenu de fournir pareillement aux autres légataires la totalité des legs qui leur sont faits; et il n'a aucune espèce de retranchement à exercer.

C'est la disposition expresse du chap. 3 de la première novelle; et en cela, Justinien a encore dérogé à l'ancien droit; car, suivant la jurisprudence du Digeste, la remise que l'héritier faisait de sa falcidie à un légataire, n'était pas pour les autres un titre qui leur donnât droit à la même gratification. Les lois 15, §. 2 et D., 6, §. dernier, C. *ad legem Falcidiam*, ont là-dessus des décisions précises. La raison qui a déterminé Justinien à en disposer autrement, est qu'il ne doit point y avoir d'inégalité entre des co-légataires que le testateur a voulu gratifier également.

Au reste, le chap. 3 de la novelle 1 met, à cet égard, une différence essentielle entre l'erreur de droit et l'erreur de fait: il déclare nettement que l'héritier peut répéter *contre* les légataires, ce que celle-ci lui a fait payer indûment à raison de sa falcidie. La loi 9, C. *ad legem Falcidiam*, porte la même chose.

IV. Le quatrième cas où les lois refusent à l'héritier la distraction de la falcidie, est lorsqu'il a été institué et que les legs ont été faits par un testament militaire. On en trouve la preuve dans la loi 7, C. *ad legem Falcidiam*, et dans le §. 12 de la loi 1, D. *si cui plus quàm per legem Falcidiam licet legatum.*

Mais il ne suffit pas, pour cela, que le testament soit d'un militaire; il faut encore qu'il soit fait pendant que le militaire est en

expédition, et, comme disent les jurisconsultes, *militiæ tempore*. Ainsi, la falcidie a lieu dans le testament que fait un vétéran retiré du service : la loi 40, D. *ad legem Falcidiam*, le décide ainsi formellement. Par la même raison, lorsqu'un militaire a fait un testament étant en expédition, et un codicille après avoir obtenu son congé, la falcidie se prend sur les legs contenus dans le codicille, quoique ceux qui sont faits par le testament d'où cet acte tire sa force, en soient exempts. C'est ce que portent la loi 17, §. dernier, et la loi 18, D. *de testamento militis*, la loi 17 et la loi 92, D. *ad legem Falcidiam*. Réciproquement, si un militaire a fait un testament avant d'aller à la guerre, et un codicille lorsqu'il s'est trouvé en expédition, la falcidie aura lieu dans le premier acte, et non dans le second. C'est la décision de la loi dernière, D. *ad legem Falcidiam*.

Mais c'est une question si les lois du Digeste et du Code, qui établissent ou supposent le privilége du testament militaire, par rapport à la falcidie, subsistent encore ou sont abrogées ?

Voët, sur le Digeste, titre *de jure deliberandi*, n° 22, soutient ce dernier parti, et cite un ancien jurisconsulte qui est de la même opinion. Leur raison est que, par la loi dernière, C. *de jure deliberandi*, Justinien a permis à tous les héritiers qui feraient inventaire, de retenir la Quarte falcidie, et que les héritiers des militaires, n'étant point exceptés de cette disposition, doivent y être censés compris.

Mais ces auteurs auraient dû faire attention que Justinien n'a rien statué de nouveau en accordant la falcidie à tous les héritiers en général, et que par conséquent sa loi doit être interprétée et modifiée par les constitutions portées antérieurement en faveur des testamens et codicilles militaires. La seule nouveauté que Justinien ait introduite par le texte cité, est l'obligation dans laquelle on est actuellement de faire inventaire, si l'on veut profiter de la falcidie. Or, il est évident que, par-là, ce législateur a plutôt restreint l'usage de la distraction dont il s'agit, qu'il l'a étendu. On ne peut donc pas en conclure que cette distraction n'ait plus lieu aujourd'hui dans les testamens militaires.

L'ordonnance de 1735 en a cependant disposé autrement à l'égard des héritiers qui ont droit de légitime. Après avoir déclaré, par les art. 56, 57 et 58, qu'ils peuvent distraire à la fois la légitime, la falcidie et la trébellianique, elle ajoute, art. 59, que, « la disposition des trois articles précédens sera » exécutée à l'égard de tous les testamens, » même du militaire ».

V. Le cinquième cas où l'héritier est privé de la falcidie, est quand il a soustrait ou recélé quelques effets de la succession, pour diminuer d'autant plus les legs qu'il doit payer.

Cette privation ne porte cependant pas, comme dans les hypothèses précédentes, sur toute la masse de l'hérédité ; elle n'a lieu que relativement aux effets soustraits ou recélés, et ce n'est point aux légataires qu'elle profite, mais au fisc. Telles sont les dispositions de la loi 6, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, de la loi 24 et de loi 68, §. dernier, D. *ad legem Falcidiam*. C'est pourquoi, dit le premier de ces textes, si l'héritier d'une succession valant 400 écus, est chargé de legs qui l'absorbent entièrement, et en recèle 100 écus, il prendra la falcidie sur les 300 écus qui restent ; ce qui formera pour lui une somme de 75 écus ; mais il n'aura rien à prétendre sur les autres 100 écus ; les 25 écus qu'il aurait eu droit d'en distraire, s'il ne les eût pas soustraits, appartiendront au fisc, et le surplus sera donné aux légataires. La loi 22, §. 10, C. *de jure deliberandi*, va plus loin ; elle veut que l'héritier qui a recélé et n'a pas fait inventorier certains effets héréditaires, soit condamné à restituer ou à imputer dans la succession le double de leur valeur.

Nos usages ont dérogé à toutes ces lois.

D'abord, parmi nous, il est de maxime que « toutes les décisions qui sont faites en faveur » du fisc, selon le droit romain, doivent s'appliquer à l'avantage des successeurs *ab intestat*, parceque, selon nos mœurs, ils prennent la place du fisc ». Ce sont les termes de Furgole, *Traité des testamens*, chap. 6, sect. 9, n° 274.

En second lieu, on doit, à la vérité, dit le même auteur, n° 189, « regarder la loi 22, » §. 10, C. *de jure deliberandi*, comme ayant » abrogé les lois du Digeste qui fixaient la » peine de l'héritier qui recèle..... Mais les » lois qui infligent les peines du double, du » triple et autres, ne sont point observées » parmi nous, comme le remarquent nos » auteurs, notamment Imbert, dans son Enchiridion, aux mots *Peines pécuniaires ;* » et, selon cet usage, il ne reste que la peine » de la restitution du simple : mais, comme » le recélé ne doit point demeurer impuni, » parceque c'est un délit, on peut le punir, » en ajoutant une amende plus ou moins forte, » selon les circonstances ».

VI. Quelques auteurs, et, après eux, quel-

ques parlemens, portent plus loin encore la dérogation aux lois romaines sur cet objet : ils enseignent et jugent que le recélé commis par l'héritier, le fait déchoir du bénéfice d'inventaire, et le prive par conséquent de toute distraction de falcidie. *V.* Furgole, à l'endroit qu'on vient de citer, et l'article *Recélé*.

VII. Le sixième cas où la falcidie doit cesser, au moins en faveur de l'héritier institué, est lorsqu'il s'est chargé, en fraude de la loi, de rendre à un incapable par fidéicommis tacite. C'est ce que portent la loi 59, §. 1, D., la loi 3, C. *ad legem Falcidiam*, et la loi 11, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*.

Cette privation est absolument du même genre que celle qui a lieu dans le cinquième cas : elle ne porte que sur les objets compris dans le fidéicommis tacite; et ce n'est point aux légataires, mais au fisc, selon le droit romain, et aux héritiers *ab intestat*, suivant nos mœurs, que le profit doit en être adjugé.

§. IV. *Comment se fait la distraction de la falcidie, et quelle est la manière dont on doit la liquider?*

I. L'héritier a différens moyens de parvenir à la distraction de la falcidie.

Tant qu'il possède les choses qui y sont sujettes, il peut user du droit de rétention, et opposer aux légataires qui lui en demandent l'entière délivrance, une exception de dol, fondée sur ce principe de droit civil, qu'il y a de la mauvaise foi à agir pour avoir une chose qu'on est tenu de restituer à la personne qui la détient. La loi 15, §. 1., et la loi 93, D. *ad legem Falcidiam*, y sont formelles.

Ce droit de rétention ne peut être exercé, lorsque la chose léguée est divisible, que sur la partie qui doit être comprise dans le retranchement. Mais, quand la chose léguée est indivisible, l'héritier peut la retenir en entier, tant que le légataire ne lui offre pas en estimation la partie à laquelle est taxée sa contribution à la falcidie. Cette distinction est établie par les lois 7, 26, §. 1, et 80, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*.

II. Lorsque la chose léguée est dans la possession du légataire, il faut distinguer si c'est par la volonté de l'héritier, ou non.

Dans ce dernier cas, l'héritier peut diriger contre le légataire, l'interdit ou l'action possessoire, appelée en droit *quod legatorum*. Nous avons parlé de cette action au mot *Légataire*, §. 5, n° 14; et l'on se rappelle que son effet est de faire ressaisir l'héritier de la chose léguée, à la charge de la délivrer ensuite lui-même, après en avoir retranché la falcidie.

L'héritier peut aussi, dans le même cas, intenter la revendication; car il est propriétaire, par indivis, d'une partie de la chose léguée. Telle est d'ailleurs la décision précise de la loi 26, D. *ad legem Falcidiam*, combinée avec les lois 49 et 73, §. dernier, du même titre.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, lorsque c'est par la volonté de l'héritier que le légataire se trouve en possession de la chose léguée, il faut encore distinguer : ou l'héritier a fait, avec pleine connaissance de cause, une délivrance pure et simple; ou il a été trompé par une erreur de fait, sur le juste montant de la succession; ou il a été induit frauduleusement par le légataire dans la fausse persuasion que son legs n'entamait point la falcidie; ou, enfin, il n'a délivré la chose léguée que sous la réserve expresse de répéter ce qui se trouverait dans la suite manquer à sa Quarte.

Dans la première de ces hypothèses, il est privé de la falcidie, comme on l'a établi ci-devant, §. 3.

Dans la deuxième, il a, contre le légataire, une action personnelle, connue en droit sous le nom de *condictio indebiti*, parcequ'il s'est exproprié indûment et sans cause, de la totalité d'un effet dont il avait droit de retenir une partie. C'est ce que décident la loi 9, C. *ad legem Falcidiam*; la loi 1, §. 11, D., au même titre; la loi 9, §. 5, D., et la loi 10, C. *de juris et facti ignorantiâ*.

Dans la troisième, il a le choix entre l'action appelée *condictio indebiti*, et l'action de dol. La loi 28, D. *de dolo malo*, en contient une disposition formelle.

Dans la quatrième, enfin, il a encore une action personnelle, mais différente des deux autres dont on vient de parler : c'est celle qu'on nomme *ex stipulatu*, parcequ'elle provient d'une stipulation précédemment faite au profit de la personne qui l'exerce.

III. La stipulation qui, dans notre espèce, donne lieu à cette action, fait, dans les Pandectes, la matière d'un titre exprès : c'est celui qui est placé après le titre *ad legem Falcidiam*, et il est conçu en ces termes : *Si plus quàm per legem Falcidiam licuerit, legatum esse dicetur.*

Faisons ici une analyse succincte des lois qu'il contient.

Lorsqu'au moment de la délivrance des legs, il y a quelque sujet de douter si l'héri-

tier sera dans le cas d'exercer le retranchement de la falcidie, soit parcequ'on craint que des créanciers inconnus jusqu'à ce moment, ne viennent dans la suite former des prétentions, soit parceque des effets ou des biens qu'on regarde comme héréditaires, peuvent souffrir une éviction, soit parcequ'une condition sous laquelle est fait un legs, peut s'accomplir, et, par ce moyen, diminuer la masse de la succession : dans tous ces cas, l'héritier peut obliger les légataires à lui donner caution de restituer ce qu'ils pourraient plus tard se trouver avoir reçu au-delà du taux fixé par la loi *Falcidia;* et *cela*, de peur qu'ils ne deviennent insolvables dans l'intervalle, et que leur déconfiture ne rende inutile et frustratoire la répétition qu'il ferait contre eux. C'est ce que porte la loi 1, *pr.*, et §. 7, 9 et 10.

Cette caution doit être fidéjussoire.

Ni les personnes constituées en dignité, ni les possesseurs de biens-fonds, situés dans la juridiction sous laquelle la succession est ouverte ou l'héritier domicilié, ne peuvent s'en exempter ni y suppléer par une caution juratoire. C'est ce qui résulte de la loi 1 et de la loi 3, §. 1 et 5, combinées avec la loi 1, §. 1, D. *ut legatorum seu fideicommissorum causâ caveatur.*

Cette règle n'est cependant pas sans exception.

1° Le fisc n'est point obligé de donner caution comme les particuliers; mais il est soumis, lorsque le cas y échoit, aux mêmes poursuites que s'il l'avait fait. La loi 3, §. 5, le décide ainsi.

2° *Il en est de même du légataire indigent, lorsqu'il ne peut pas trouver de caution, et qu'il y a lieu de présumer qu'on ne lui en* demande une, que dans la vue d'écarter frauduleusement son action en délivrance de legs. On trouve dans la loi 6, un rescrit de l'empereur Commode, qui en renferme une disposition expresse.

3° *Il faut*, suivant le §. 4 de la loi 3, mettre sur la même *ligne* ceux à qui le testateur n'a laissé que de menus legs, et principalement les légataires d'alimens.

Les personnes qui ne sont pas dispensées de cette caution, ne peuvent pas, pour cela, être contraintes indistinctement de la donner: Il faut, pour les y obliger, une cause juste et raisonnable; et la loi 4 en laisse l'arbitrage au juge.

L'héritier n'est pas non-recevable à exiger ce cautionnement, pour ne l'avoir pas demandé en délivrant les legs. Il peut, aux termes de la loi 3, §. 5 et 10, agir après comme avant la délivrance, pour se le faire donner.

Lorsque la chose léguée vient à périr par cas fortuit entre les mains du légataire, la caution est déchargée de plein droit, suivant la loi 1, §. 15; et cela, ajoute la loi 2, quand même elle se serait engagée à rendre la chose ou sa valeur.

Il en serait autrement, continue la loi 3, si la perte était occasionée par le dol du légataire.

Le testateur peut-il exempter les légataires de l'obligation de fournir ce cautionnement?

Voët soutient qu'il ne le peut pas : il se fonde sur la nullité de la remise que fait un testateur à un légataire d'usufruit, de la caution que les lois obligent celui-ci de donner à l'héritier, nullité qui est, dit-il, établie par la loi 1, C. *de usufructu*, et par la loi pénultième, C. *ut in possessionem legatorum.* Cet auteur ajoute que ces textes doivent s'appliquer au cautionnement dont il s'agit ici, parcequ'il a, comme celui qui a lieu en matière d'usufruit, l'avantage et la sûreté de l'héritier pour objet.

Cette manière de raisonner n'est sans doute rien moins que certaine; on sait que les argumens par induction sont sujets à mille erreurs.

Il y a d'ailleurs une raison de différence entre l'une et l'autre espèce de cautionnement : celui qui est relatif à l'usufruit, ne concerne absolument que l'utilité de l'héritier; l'autre, au contraire, se rapporte autant à l'avantage du testateur qu'à celui de l'héritier : témoin ce que nous avons dit au commencement de cet article, sur les motifs qui ont fait introduire la falcidie.

Une autre raison qui doit nous faire rejeter l'opinion de Voët, est que le testateur peut incontestablement défendre à son héritier de retenir la falcidie. On en a vu la preuve ci-dessus. Or, il est de principe, que celui qui peut le plus, peut aussi le moins.

IV. Il reste à nous fixer sur la manière dont on doit procéder à la liquidation de la falcidie.

Quels sont les biens qu'on doit faire entrer dans cette liquidation? Sur quel pied faut-il les estimer? Quelles sont les choses qui s'imputent dans la falcidie?

Chacune de ces trois questions demande une discussion particulière.

V. Pour liquider la falcidie, il faut considérer la quantité des biens que le défunt a laissés à sa mort : c'est ce moment seul qui doit fixer l'attention des appréciateurs; tout

ce qui survient depuis, soit en augmentation, soit en diminution, est pour le profit ou pour la perte de l'héritier.

C'est la disposition textuelle du §. 2, Inst. *de lege Falcidiâ : Quantitas autem patrimonii ad quam ratio legis Falcidiæ redigitur, mortis tempore spectatur.*

La loi 73, D. *ad legem Falcidiam*, établit la même chose; en voici la traduction littérale :

« On a trouvé à propos de considérer le temps du décès, pour déterminer la quantité du patrimoine. C'est pourquoi si un homme qui n'a que pour 100 écus de biens, a tout épuisé en legs, il ne servira de rien aux légataires que, même avant l'adition d'hérédité, les travaux et les acquisitions des esclaves mâles et la fécondité des esclaves femelles ou des bestiaux, aient augmenté la succession d'un quart en sus des 100 écus légués; l'héritier n'en sera pas moins fondé à retenir la falcidie sur les legs (et par conséquent à les faire réduire à 75 écus).

» Réciproquement, si un homme, ayant 100 écus, en lègue 75, et qu'avant l'adition d'hérédité, un incendie, un naufrage, la mort de plusieurs esclaves, ou d'autres accidens, réduisent son patrimoine à 75 écus ou moins encore, l'héritier devra acquitter les legs en totalité; et ce serait en vain qu'il se plaindrait, puisqu'il lui a été libre de ne point accepter la succession ».

Tous les auteurs conviennent que la première partie de cette loi subsiste encore; mais quelques-uns, et notamment Voët, soutiennent que la seconde est abrogée par le passage de la loi 22, C. *de jure deliberandi*, où il est établi que l'héritier évite toute espèce de péril, en appréhendant la succession sous bénéfice d'inventaire.

Mais cette opinion est visiblement fausse. Deux raisons très-sensibles vont le prouver.

1° Nous avons démontré à l'article *Légataire*, §. 6, n° 6, que la jurisprudence du Digeste n'assujétissait l'héritier au paiement des legs, que jusqu'à concurrence des forces de la succession, et que par conséquent on regardait alors comme un droit commun, ce que la loi 22, C. *de jure deliberandi*, a depuis attribué ou plutôt restreint au bénéfice d'inventaire. Or, nous venons de voir que les lois du Digeste mettaient à la charge de l'héritier, relativement aux légataires et à la falcidie, les pertes qui survenaient dans les biens héréditaires après le décès du testateur. Il n'y a donc à cet égard aucune innovation proprement dite dans la loi 22, C. *de jure deliberandi*, et par conséquent nulle raison, d'en conclure que la jurisprudence du Digeste est changée sur le point dont il s'agit.

2° Les Institutes ont été rédigées et publiées après la promulgation de la loi dont on vient de parler; or, on a remarqué plus haut qu'elles renouvellent expressément la disposition des anciens textes, relativement à la question de savoir si les augmentations ou les diminutions qui surviennent dans l'intervalle du décès à l'adition, profitent ou nuisent à l'héritier dans la liquidation de la falcidie.

VI. Tout ce qui compose la fortune du défunt, doit entrer dans la supputation que l'on fait pour déterminer la Quarte de l'héritier. Telle est la règle générale; mais il est certains objets à l'égard desquels il y a là-dessus quelques doutes.

Par exemple, doit-on faire entrer dans cette supputation, les actions que le défunt a laissées, non-seulement contre un étranger, mais encore contre son héritier?

L'affirmative est établie par la loi 1, §. 18, D. *ad legem Falcidiam*, et cette décision n'est pas bornée aux actions que l'on appelle en droit *rei persecutoriæ :* elle s'étend encore à celles que l'on nomme pénales, pourvu néanmoins qu'elles soient de nature à être transmises aux héritiers; car, si elles étaient sujettes, comme celles d'injure, à s'éteindre par la mort de la personne à qui elles appartiennent, elles ne seraient nullement considérées et n'augmenteraient pas le patrimoine du défunt. C'est ce que porte la loi 32, D. *ad legem Falcidiam.*

Le §. 1 du même texte déclare qu'il n'importe, pour la supputation, que les actions soient perpétuelles ou limitées à un temps fort court, parceque, si elles se prescrivent, c'est à l'héritier à s'imputer sa négligence.

Il ne faut pas non plus distinguer, lorsqu'il s'agit d'une action pénale, si la peine est établie par la loi ou si elle résulte d'une convention : c'est pourquoi, dit la loi 48 du titre cité, si le défunt a acheté ou vendu avec stipulation de restituer le double du prix en cas d'éviction, la chose venant à être évincée, on doit compter, soit activement, soit passivement, le double du prix qui en a été payé, et par conséquent augmenter ou diminuer jusqu'à cette concurrence, le patrimoine sur lequel doit se prendre la falcidie.

Si cependant l'héritier était lui-même l'acheteur ou le vendeur, on ne ferait entrer en masse que le simple prix. Ce tempérament d'équité est écrit dans la loi que nous venons de citer; et la même chose résulte de la loi 2, §. 15, D. *de hereditate vel actione venditâ.*

On en excepte cependant un cas : c'est celui où l'héritier qui a acheté du défunt, a revendu à un tiers avec obligation de rendre le double en cas d'éviction, et réciproquement où l'héritier qui a vendu au défunt, se trouve avoir lui-même acheté précédemment d'un autre, sous la même stipulation. Alors, en effet, il serait souverainement injuste de ne tirer en ligne de compte que le simple prix, puisque, dans le premier membre de cette hypothèse, l'héritier est obligé de rendre le double à son propre acheteur, et que, dans le second, il doit en recevoir autant de son propre vendeur. Il faut donc que le double soit compté passivement dans l'un, et activement dans l'autre. C'est aussi ce que fait entendre la loi 41, §. 2, D. *de evictionibus*.

Les actions que l'indigence des débiteurs rend illusoires, et celles qui dépendent de l'événement d'une condition incertaine, ne doivent pas moins entrer en ligne de compte que celles dont l'efficacité n'est point douteuse, ou qui sont pures et simples. La loi 1, §. 17, la loi 21, la loi 22, §. 3, la loi 56, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*, en contiennent la décision expresse.

Il faut cependant remarquer que l'estimation des unes ne se fait pas de la même manière que celle des autres; il y a, à cet égard, quelques différences qu'on expliquera ci-après.

La loi 43 du même titre porte que, « si les » esclaves du testateur, qui avaient été pris de » son vivant par les ennemis, reviennent » après sa mort, l'augmentation que leur » retour produit dans les biens de l'hérédité, » entre en considération pour le réglement » de la Quarte falcidie ».

Il faut pareillement compter les fruits qui se trouvaient, au décès du testateur, pendans sur un fonds héréditaire, et que l'héritier a perçus ou dû percevoir, parcequ'ils sont regardés comme une partie du fonds même. La loi 9, D. *ad legem Falcidiam*, y est formelle.

On doit aussi faire entrer en masse les choses que le défunt a données en gage, et même celles qu'il a vendues, soit sous pacte commissoire, soit par *addiction à jour certain*, lorsque ces deux manières de vendre rendent le contrat conditionnel. C'est ainsi qu'il faut, selon Voët, entendre la loi 38 du titre cité. Voici comment elle est conçue : *Communes servi in utriusque patrimonio connumerantur; pignori dati, in debitoris; sub lege commissoriâ distracti, item ad diem addicti, in venditoris.*

Voici une espèce qui a partagé les jurisconsultes romains.

Le défunt avait acquis une action contre un fils de famille; mais cette action ne pouvait être exercée contre le père, que jusqu'à concurrence du pécule de celui-ci. Il a institué ce père son héritier. Dans l'intervalle de sa mort à l'adition, le pécule s'est augmenté ou a diminué : l'action du défunt doit-elle entrer dans la supputation, à raison de ce qu'elle aurait pu valoir au moment du décès, ou doit-on la compter sur le pied de ce qu'elle eût rapporté à l'époque de l'adition, d'après l'accroissement ou la diminution qu'avait reçu le pécule?

Marcellus dit, dans la loi 56, D. *ad legem Falcidiam*, que, suivant l'opinion la plus commune, il faut considérer ce qui était dans le pécule au temps où l'hérédité a été appréhendée : *plerique putant quod tunc in peculio fuerit, cùm adiretur hereditas, inspiciendum esse.* Il paraît, par la loi 83 du même titre, que Julien s'est rangé de ce parti.

Papinien décide, au contraire, dans la loi 50, §. 1, D. *de peculio*, qu'on ne doit avoir égard qu'au temps du décès : *Si creditor*, dit-il, *patrem qui de peculio tenebatur, heredem instituerit, quia mortis tempus in falcidiæ ratione spectatur, illius temporis peculium considerabitur.*

Comment concilier des décisions aussi opposées les unes aux autres?

La loi 56, D. *ad legem Falcidiam*, nous en fournira le moyen. Marcellus, qui en est l'auteur, commence par annoncer, ainsi qu'on vient de le dire, que l'opinion la plus générale est qu'il faut considérer le temps de l'adition d'hérédité. « Pour moi (dit-il), j'ai » là-dessus bien des doutes, *ego dubito*, » parcequ'il est de principe que la falcidie » doit être liquidée eu égard au temps du » décès », *quoniam mortis tempus in ratione legis falcidiæ ineundâ placuit observari.*

« Qu'importe en effet (continue-t-il), que le pécule de l'esclave vienne à diminuer après le décès du créancier, ou qu'un débiteur éprouve dans sa fortune des révolutions qui le rendent moins solvable »? *Quid enim interest peculium servi post mortem creditoris diminutum sit, an debitor pauperior factus sit?*

» Quelqu'un dira (c'est toujours Marcellus qui parle) : que serait-ce au contraire, si un esclave avait acquis une hérédité antérieurement à l'adition? Et moi je demanderai : que serait-ce si un débiteur, qui était en déconfiture ouverte au temps du décès, se trouvait solvable au temps de l'adition »? *Aliquis di-*

cet ; Quid ex contrario si, antè aditam hereditatem acquisierit servus? Et ego quæram si debitoris qui tunc non erat solvendo, ampliatæ facultates fuerint?

« Et comme dans ce cas, il est passé en maxime que l'hérédité est censée avoir reçu ces augmentations dès l'instant de son ouverture, et qu'on assimile ce même cas à celui où la condition attachée à une créance, vient à s'accomplir après la mort du testateur, on doit, par la même raison, regarder l'hérédité comme enrichie par l'accroissement survenu dans le pécule » : *Et cùm in isto placuerit, ex post facto uberiorem videri fuisse hereditatem, sicuti cùm conditio credîti existit post mortem, ità etiam peculii incrementum pleniorem faciet hereditatem.*

On voit que Marcellus distingue ici nettement le cas de l'augmentation, d'avec celui de la diminution du pécule. Le principe qui sert de base à cette distinction, est que le père de famille contre qui l'on a une action péculiaire, n'est point débiteur pur et simple, mais conditionnel; car il n'est obligé que sous la condition qu'il y ait quelque chose dans le pécule : *Patrem enim, etsi quis debitorem existimaverit, attamen loco esse conditionalis debitoris* (Loi 5, §. 2, D. *de liberatione legatâ*).

Or, les créances conditionnelles qui se trouvent dans une hérédité sujette à la falcidie, sont censées, lorsque la condition en est accomplie, avoir existé purement et simplement dès le moment de l'ouverture de la succession; et on les regarde, au contraire, comme n'ayant jamais eu d'existence, lorsque la condition dont elles dépendent, vient à manquer après la mort du testateur.

Par conséquent, le père de famille qui a vu augmenter le pécule de son fils, dans l'intervalle du décès à l'adition, est censé avoir été, à l'époque du décès même, débiteur de tout ce qu'il contient; comme celui qui l'a vu diminuer dans le même espace de temps, est réputé n'avoir été, à l'époque de la mort, débiteur que de ce qui s'y trouve actuellement.

VII. Lorsqu'on a déterminé l'état des biens sur lesquels doit se faire la distraction de la falcidie, il faut en déduire les dettes du défunt, la légitime des enfans, les frais funéraires, et les dépenses qu'ont nécessitées la confection de l'inventaire, l'ouverture ou la publication du testament, et la vente des effets. Tous ces objets doivent être prélevés avant la falcidie. C'est ce que portent le §. 3, Inst. *de lege Falcidiâ*; la loi 11, §. 4, la loi 39 et la loi 72, D. *ad legem Falcidiam*; la loi 22, §. 10, C. *de jure deliberandi*.

Ce que nous disons des dettes du défunt, comprend même celles dont il était redevable à son héritier; car celui-ci ne confond point à cet égard ses propres créances. On en trouve des décisions précises dans la loi 15, §. 3, et dans la loi 87, §. 2, D. *ad legem Falcidiam*; et s'il en était ainsi dans la jurisprudence du Digeste, à plus forte raison doit-il en être de même depuis que les héritiers par bénéfice d'inventaire, sont seuls admis au retranchement de la falcidie; car on sait que l'un des avantages de ces sortes d'héritiers est de conserver les actions qu'ils avaient contre les défunts.

VIII. Les lois ont ordonné, pour la supputation du patrimoine sujet à la falcidie, deux formalités dont l'objet est d'empêcher qu'il ne s'y glisse aucune manœuvre frauduleuse et préjudiciable aux légataires.

La première est que l'héritier est tenu de donner à ceux-ci communication de tous les titres, papiers et documens qui peuvent servir à la fixation de la fortune du défunt. La loi 95, §. 2, D. *ad legem Falcidiam*, paraît laisser cela à l'arbitrage du juge; mais on ne peut plus en faire la matière d'un doute raisonnable, depuis que la loi 22, C. *de jure deliberandi*, a obligé l'héritier qui veut retenir la falcidie, de faire un inventaire exact et d'y appeler les légataires.

La seconde formalité consiste dans l'estimation qui doit être faite des biens de l'hérédité, par un arbitre nommé par le juge, à moins que l'héritier et les légataires ne puissent et ne veuillent la faire de gré à gré. C'est ce que déclare nettement la loi 2, C. *de usuris et fructibus legatorum*.

Dans nos mœurs, au lieu d'un arbitre, on emploie des experts, qui ne sont choisis par le juge que lorsque les parties refusent ou sont en demeure d'en convenir.

Cette estimation doit se faire au prix commun et suivant la valeur réelle des choses : *In falcidiâ æstimatio pretii rerum ex veritate facienda est*, dit la loi 42, D. *ad legem Falcidiam*. La loi 62, §. 1, du même titre, décide pareillement qu'il faut, en cette matière, estimer les choses selon leur véritable valeur, *secundùm rei veritatem*; mais elle explique ces mots d'une manière équivoque : *Hoc est*, ce sont ses termes, *secundùm præsens pretium*. Veut-elle par là faire entendre que l'estimation doit être faite comme si l'on vendait argent comptant, *præsenti pretio*? Non : elle déclare

seulement qu'il ne faut avoir égard qu'à la valeur intrinsèque, c'est-à-dire, à ce prix qui est tellement *présent* et comme inhérent à la chose, qu'il a passé en axiome, que celui qui a la chose, est réputé avoir le prix (§. 6, Inst. *de legatis*). Ainsi, tout ce qui résulte de la loi 62, §. 1, c'est qu'il ne faut considérer ni une cherté, ni une vilité de prix purement accidentelle et momentanée, mais faire attention à la valeur ordinaire des choses. Telle est aussi la disposition textuelle de la loi 63, §. dernier.

IX. La loi 15, §. dernier du même titre, et la loi 81, §. 4, D. *de legatis* 1°, déclarent qu'il ne faut pas s'arrêter à l'estimation qu'un testateur aurait pu faire lui-même des biens qu'il laissait. On sent que cette décision est fondée sur la défense que faisait l'ancien droit au testateur, soit de prohiber, soit de gêner, soit de diminuer le retranchement de la falcidie dans sa succession; mais elle n'en doit pas moins avoir lieu dans l'état actuel de la jurisprudence, parceque la prohibition de la falcidie n'y est admise, comme on l'a vu plus haut, que lorsqu'elle est conçue en termes exprès.

X. Il ne faut pas non plus avoir égard au prix que l'héritier a tiré de la vente des choses héréditaires. Qu'il ait vendu trop cher ou trop bon marché, peu importe. Dans le premier cas, c'est lui seul qui en profite, comme c'est lui seul qui en souffre dans le second. La loi 3, D. *ad legem Falcidiam*, est on ne saurait pas plus expresse là-dessus.

XI. *Il résulte de tout cela, qu'il ne faut point considérer ici ce qu'on appelle communément prix d'affection;* et c'est ce que veut dire la loi 62, §. 1, que nous avons déjà citée, lorsqu'après avoir établi que les choses doivent être estimées suivant leur prix *présent* ou intrinsèque, elle ajoute, par forme d'explication, qu'il ne faut nullement les estimer d'après un prix *formel* ou arbitraire; *necquicquam eorum formali pretio æstimandum esse sciendum est.* On peut voir dans Voët, sur le Digeste, titre de *usufructu*, n° 3, pourquoi ce texte appelle ainsi le prix de pure affection.

XII. Un légataire ayant constitué l'héritier en demeure de lui représenter, et à plus forte raison de lui délivrer la chose dont il était gratifié, a d'abord été admis à jurer *in litem* sur la valeur de cette chose, et ensuite a obtenu une sentence par laquelle l'héritier a été condamné à la lui payer, conformément à l'estimation qu'il en avait faite lui-même sous la religion du serment. Cette estimation doit-elle servir de règle pour la supputation de la falcidie?

Non, répond la loi 60, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*: on n'aura égard qu'au prix réel de la chose, parceque les estimations faites par serment *in litem*, sont toujours présumées excessives; que, dans le fait, elles sont souvent telles; qu'on ne les admet que pour punir l'héritier de son dol ou de sa négligence; et qu'en matière de falcidie, on ne doit faire aucune attention aux accroissemens donnés à la valeur des choses par forme de peine.

XIII. Il y a une particularité remarquable pour l'estimation des esclaves qui se trouvent dans une hérédité sujette à la falcidie: c'est qu'elle ne dépend point de l'arbitrage des experts, mais uniquement des dispositions du droit: elle est fixée par la loi dernière, C. *communia de legatis*.

XIV. Il y a, au contraire, des choses qui, en cette matière, ne sont pas susceptibles d'une estimation certaine. Cette incertitude provient, ou de l'indigence d'un débiteur de la succession, ou de l'événement auquel est subordonnée, soit une dette, soit une créance héréditaire, ou de ce qu'on ignore si un débiteur, qu'on ne peut pas forcer malgré lui de payer, paiera effectivement.

Lorsque l'incertitude a pour cause l'indigence du débiteur, il faut d'abord, suivant la loi 63, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*, supputer et tirer en ligne de compte la somme jusqu'à concurrence de laquelle il était solvable au moment du décès du testateur.

A l'égard du surplus de la créance, il faut le mettre en vente, et ajouter à la masse de l'hérédité le prix qu'on pourra en tirer, eu égard au plus ou moins d'espérance que la fortune du débiteur s'améliorera dans la suite. C'est ce que prescrit la loi 82 du même titre.

Si, au lieu de vendre cette créance, on la laisse dans la succession, et que le débiteur devienne solvable, les légataires en profiteront, par la diminution qui en résultera pour la falcidie. Ainsi le décide la loi 56, §. 1, rapportée ci-dessus.

Il y a même deux cas où l'insolvabilité absolue du débiteur n'empêche pas qu'on ne compte toute sa dette: le premier est lorsque le débiteur est en même temps héritier; le second, lorsque le testateur lègue à un débiteur étranger la décharge de ce qu'il devait. La raison qu'en donnent la loi 1, §. 18, la loi

22 et la loi 82, c'est qu'on est toujours réputé solvable par rapport à soi-même.

Quand l'incertitude provient d'une condition à laquelle est surbordonnée, soit une dette, soit une créance de la succession, on peut estimer l'une et l'autre de deux manières différentes, qui sont proposées par la loi 75, §. 1. La première est de retrancher de l'hérédité, s'il s'agit d'une dette, et d'y imputer, si c'est une créance, le prix qu'on pourrait en tirer en la vendant. La seconde est d'en retrancher ou d'en imputer la totalité, comme si la dette ou la créance était pure et simple, en se donnant réciproquement, par l'héritier et les légataires, caution de rendre, après l'accomplissement de la condition, ce que l'un aurait payé de moins, ou ce que les autres auraient reçu de trop.

Il en serait autrement d'une dette ou d'une créance qui, au lieu d'être conditionnelle, ne serait que reculée à un terme quelconque. Dans ce cas, l'obligation ayant en soi une existence certaine, on la compte comme si elle était échue, et l'on en déduit seulement les intérêts jusqu'au jour auquel le paiement en est fixé. C'est ce qui résulte du §. 4 de la loi que nous venons d'indiquer.

Si l'incertitude a sa source dans l'impossibilité où l'on est d'obliger le débiteur à payer malgré lui, comme lorsqu'il s'agit d'une obligation sujette à l'exception du sénatus-consulte Macédonien, il faut, dans l'estimation du patrimoine et dans les paiemens de legs, considérer cette créance comme si elle n'existait pas, sauf à restituer dans la suite ce qui se trouverait avoir été payé de moins, si le débiteur venait à acquitter volontairement sa dette. C'est ce que porte la loi 1, §. 17.

XV. La question de savoir quelles imputations l'héritier est tenu de souffrir par rapport à sa falcidie, embrasse différens objets qu'il faut discuter séparément.

Le principe général est que l'héritier doit imputer dans sa falcidie tout ce qu'il tient du défunt à titre héréditaire. Les lois 74 et 91 le règlent ainsi formellement.

De là vient que la loi 11 veut qu'il impute ce qu'elle appelle *retentiones omnis temporis*, c'est-à-dire, comme l'expliquent tous les interprètes, non-seulement les legs nuls dès leur principe, mais encore ceux qui, ayant été valables au commencement, sont ensuite devenus inutiles et caducs. C'est ce que portent aussi les lois 50, 51, 52, §. 1, la loi 79, §. 1, et la loi 78, D. *ad legem Falcidiam*, combinées avec la loi 1, C. *de caducis tollendis*.

Il faut mettre sur la même ligne les legs faits à l'héritier sur lui-même, parceque l'on ne peut pas léguer avec effet de cette manière. Aussi la loi 30, §. 8, D. *ad legem Falcidiam*, dit-elle qu'ils ne viennent point en contribution avec les autres legs : *cùm lex Falcidia intervenit, non veniunt in contributionem quæ ipsi heredi à semetipso vel servo ejus legata fideicommissave sunt* ; ce qui signifie, selon Voët, qu'ils n'augmentent point la masse des legs, et par conséquent ne servent pas à amplifier la distraction que l'héritier est en droit d'en faire.

Les fruits qui étaient pendans à l'époque du décès du testateur, et que l'héritier a perçus depuis, s'imputent sans difficulté sur la falcidie. C'est la disposition expresse de la loi 9. Il en est de même, suivant les lois 45, 66 et 73, §. 4, des revenus ou intérêts que produisent les choses léguées à temps ou sous condition, dans l'intervalle de la mort au moment de l'échéance.

Les lois 74 et 91 exceptent de l'imputation les legs dont le testateur a grévé l'un de ses héritiers au profit de son co-héritier. *Itaque*, dit le premier de ces textes, *quod quis legatorum nomine à coherede accepit, in quadrantem ei non imputatur.*

La loi 86 décide la même chose à l'égard des prélegs, pour la portion que l'héritier en reçoit de ses co-héritiers; car celle qu'il prend sur lui-même, il la possède à titre successif, et par conséquent il est tenu d'en faire l'imputation. C'est ce que déclare également la loi 24, C. *familiæ erciscundæ*.

Il faut excepter de cette décision un cas particulier, marqué dans les lois 22 et 94 : c'est celui où tous les héritiers sont chargés réciproquement de legs les uns envers les autres ; alors, s'il s'en trouve quelques-uns qui, n'ayant point leur quart franc, veulent distraire la falcidie sur leurs co-héritiers, ils sont obligés d'imputer les legs qu'ils en ont reçus.

A cette exception, que les textes cités mettent dans le plus grand jour, la loi 75 en ajoute une autre non moins remarquable : c'est que l'héritier doit imputer le legs que le testateur lui a laissé sur son co-héritier, sous la condition de ne point distraire la falcidie des legs dont il le chargeait personnellement.

L'héritier est-il tenu d'imputer ce qu'il reçoit d'un co-héritier ou d'un légataire, par forme d'accomplissement d'une condition ? Par exemple, le testateur, après avoir institué Titius dans l'universalité de ses biens, institue Sempronius dans la moitié, à condition qu'il donnera cent écus à Titius : ces

cent écus, au cas que Sempronius les fournisse, sont-ils sujets à l'imputation? Non, parcequ'ils sont regardés comme étant *hors de l'hérédité;* c'est ce que déclarent les lois 30, §. 7, 44, 76 et 91.

Il est cependant deux cas où il en faut décider autrement.

Le premier est lorsque l'objet que l'héritier reçoit par forme d'accomplissement d'une condition, était dû au défunt, quoique la dette fût purement naturelle, et qu'on ne pût pas forcer le débiteur à l'acquitter; c'est ce qui résulte de la loi 21, jointe au §. 17 de la loi 1.

Le second est lorsqu'un esclave à qui la liberté a été léguée sous une condition de l'espèce dont il s'agit, paie des deniers dont le défunt lui avait confié l'administration à titre de pécule; les lois 43 et 76 veulent qu'alors l'héritier en fasse l'imputation dans sa falcidie, et cela à raison de sa part héréditaire.

On n'impute pas ce qui advient à l'héritier par pur accident, quoique à l'occasion de l'hérédité. Telle serait une somme qu'on lui aurait payée comme la devant au défunt, quoique, dans le vrai, elle ne fût pas due. Cela résulte de la loi 2, §. 7, D. *de hereditate vel actione venditâ.*

Par la même raison, dit la loi 3, §. 1, D. *ad legem Falcidiam*, si le testateur a laissé une succession insuffisante pour le paiement de toutes ses dettes, et que l'héritier ait obtenu des créanciers certaines remises qui lui assurent un restant net, les légataires n'auront rien à prétendre sur cet objet, parcequ'il est de principe que les legs ne sont dus qu'après les dettes payées, et que, si l'héritier s'est conservé quelque chose, ce n'est point à la succession, mais à un arrangement fait avec les créanciers qu'il le doit.

La loi que nous venons de citer, décide encore que les légataires ne peuvent rien réclamer sur le prix que l'héritier a tiré de la vente d'une succession insolvable, parceque ce prix provient moins des biens du défunt que de la surprise faite à l'acheteur.

Le même principe nous conduit à une autre conséquence qui peut être d'un usage plus fréquent : c'est que l'héritier ne doit pas imputer dans sa falcidie l'espérance qu'il a de recueillir une substitution à laquelle le défunt l'a appelé. La loi 10 en contient une décision précise.

XVI. Les donations entre-vifs que l'héritier surchargé de legs, a reçues du testateur, doivent-elles être imputées dans sa falcidie?

Cette question est parfaitement traitée par d'Olive, liv. 5, chap. 30, au sujet de l'appel qui avait été porté au parlement de Toulouse, d'une sentence du sénéchal de Carcassonne, rendue contre le nommé Mengaud, donataire entre-vifs et héritier de son père.

On se prévalait pour l'affirmative, dit ce magistrat, de la maxime consacrée par nos arrêts, que les donations entre-vifs doivent s'imputer dans la légitime. Mais on ne peut tirer de là aucun argument pour la falcidie.

« Premièrement, nous avons un texte exprès dans les sentences de Paul (liv. 3, tit. 8) qui rejette cette imputation : *Ea quæ mater vivo filio donavit, in Quartam non imputantur.* A quoi peut être ajouté ce que dit Papinien (dans la loi 14, D. *ad legem Falcidiam*) que la dot n'est pas imputée en Falcidie : *Falcidiam quidem jure hereditario, dotem jure proprio filiam habituram respondi.*

» D'ailleurs il y a grande différence entre la légitime et la falcidie. Tout ce que le fils reçoit par le testament du père, et à l'occasion de sa mort, *vel jure hereditario, vel jure legati, aut donationis causâ mortis*, est imputé en la légitime (1); mais, en falcidie, rien n'est imputé que ce qui est pris par droit héréditaire.

» D'abondant, le fils prenant la légitime comme fils, et comme une dette de nature, il y a grande raison de croire que ce que le père lui a donné durant sa vie, il l'a fait par un juste et prudent dessein de s'acquitter de cette obligation, ou de la diminuer : mais en la distraction de la falcidie, le fils n'étant considéré que comme héritier, qui est une qualité étrangère et à laquelle la nature n'a point de part, cette présomption cesse, et il n'y a personne qui n'avoue qu'il est plus vraisemblable de dire que le donateur a voulu pourvoir à son fils plutôt qu'à son héritier.

» N'importe ce que dit Marcellus (dans la loi 56, §. 5, D. *ad legem Falcidiam*), que souvent il arrive que l'héritier ne peut pas distraire la falcidie, comme lorsque par avance le testateur lui a donné des biens qui équipollent précisément à la Quarte; car c'est un cas particulier proposé par le jurisconsulte comme une exception à la règle générale. En cet endroit, le testateur s'étant donné le soin d'ajuster la donation à la falcidie par la discussion de son patrimoine, il y a raison de dire que cette sollicitude exacte et extraordinaire, est une marque expresse de la volonté qu'il a eue de pourvoir à son héri-

(1) *V.* l'article *Légitime*, sect. 8.

tier futur, par la représentation de la Quarte, qu'il ne devait, par le droit commun, distraire qu'après sa mort. Tant s'en faut donc que la réponse de Marcellus renverse cette règle du droit qui rejette l'imputation des biens donnés en la falcidie, qu'au contraire elle la confirme, suivant la nature des exceptions.

» Mais on oppose ce qui est de la commune résolution de nos jurisconsultes, que l'héritier n'impute pas véritablement les prélegs en la falcidie, pour la portion qu'il prend de ses consorts *jure legati;* mais que néanmoins il les compense (suivant les lois 78, D. *de heredibus instituendis;* 15, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, 22 et 94, D. *ad legem Falcidiam,* et 58, §. *acceptis,* D. *ad senatus-consultum Trebellianum*); qu'ainsi, nous devons dire que le fils institué héritier, s'il n'impute pas les biens donnés à la falcidie, du moins il doit en souffrir la compensation.

» Mais à cela est répondu que nous ne sommes point aux termes des lois qui admettent la compensation, et qu'il est impossible de la recevoir au sujet que nous traitons. La compensation se fait entre co-héritiers auxquels le testateur a fait des prélegs; car, lorsqu'un des héritiers veut tirer la falcidie du prélegs qu'il doit payer au co-héritier, son consort est reçu à lui précompter ce que réciproquement il doit lui payer lui-même pour raison de son prélegs; ce qui ne peut avoir lieu entre l'héritier et le légataire, parceque l'héritier ne prend rien de lui : *neque enim à legatariis heredibus legari potest, verùm ab herede coheredibus rectè legatur.*

» Sur ces raisons, après que le procès eût été porté successivement à la première et à la seconde chambre des requêtes, il intervint arrêt, le 19 juin 1629, les chambres assemblées, par lequel il fut conclu que ledit Mengaud serait reçu à distraire la falcidie, sans imputer les biens donnés ».

Le *Journal des audiences* nous fournit un arrêt semblable du parlement de Paris.

« Voici (dit le rédacteur) quel en était le fait. Un nommé Barry, marchand de la ville de Lyon, prit chez lui Guillaume Depar dès sa première jeunesse, l'instruisit et le façonna si bien au fait de la marchandise, qu'il le rendit capable de faire une honnête fortune dans le monde, et, de fait, lui procura un mariage avantageux, duquel ayant eu un fils appelé Jacques Depar, il lui a donné la somme de 15,000 livres en faveur du mariage; et que, quelque temps après, faisant son testament olographe, il l'a institué son héritier universel, et a ajouté qu'il lui laissait, entre autres choses, la jouissance de la somme de cinq cents écus qui lui étaient dus par le sieur Pigeol, à condition qu'il la donnerait en dot à Françoise Barry, fille de son défunt maître, pour lui faire trouver un parti honnête, et a légué à Pierre Barry, son frère, une rente de 200 livres, constituée sur le sieur Désirois; et a déclaré qu'il se comportait ainsi envers eux, afin de n'être point ingrat des biens qu'il avait reçus de feu leur père.

» En exécution de ce testament, Jacques Depar a appréhendé la succession de Guillaume Depar, son père, et fait offre à Françoise et Pierre Barry, légataires, de leur faire délivrance des legs à eux faits par son testament, distraction faite au préalable de la falcidie; lesquelles offres n'ayant voulu accepter, la cause a été portée pardevant MM. des requêtes du palais; et sur leurs contestations réciproques, et entre autres, que l'intention du testateur était que les legs leur fussent fournis entièrement, sans distraction de la falcidie, en conséquence des avancemens faits à l'intimé par son père, par contrat de mariage, est intervenu la sentence qui a ordonné la délivrance des legs, *distraction faite de la falcidie* ».

Dufresne rapporte ensuite, et assez au long, les moyens que les légataires ont employés pour faire infirmer ce jugement; il rend compte en même temps de ceux que l'héritier a fait valoir pour en obtenir la confirmation; et il ajoute que, par arrêt du 23 juillet 1643, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Talon, les parties ont été mises, sur l'appel, hors de cour et de procès.

XVII. Terminons cet article par une note de Secousse, célèbre avocat, que Brillon nous a conservée dans son Dictionnaire des arrêts, au mot *Falcidie :* « Deux héritiers institués » d'abord *ex asse*, et à qui le testateur a distribué des effets pour remplir à chacun » leur part, s'ils prennent la falcidie, la partagent par moitié, quoique les effets qu'ils » devaient avoir, fussent de valeur inégale. » Arrêt du parlement de Paris, du 12 mai » 1694, entre Pierre Ponteau et Claude Marquet ».

V. les articles *Quarte trébellianique, Légitime, Legs, Légataire, Libération (Legs de), Institution d'héritier, Testament, Substitution fidéicommissaire*, etc.

QUARTE TRÉBELLIANIQUE. « On nomme Quarte trébellianique (dit Domat) le » quart que les lois affectent aux héritiers » chargés d'un fidéicommis universel de l'hérédité, ou d'une partie; ce qui distingue

» la trébellianique de la falcidie; car celle-ci » regarde les legs et les fidéicommis particu- » liers de certaines choses ».

Pour mettre cette matière dans tout son jour, nous parlerons

1° De l'origine de la Quarte trébellianique,

2° Des pays où elle est en usage,

3° Des personnes à qui elle appartient,

4° Des cas où elle cesse d'avoir lieu,

5° De la manière de la liquider.

§. I. *De l'origine de la Quarte trébellianique.*

Dans les premiers temps de la république romaine, les substitutions fidéicommissaires n'avaient d'effet qu'autant que voulaient bien leur en donner les personnes qui en étaient chargées. Aucune loi n'en nécessitait la restitution. Aussi les testateurs ne se servaient-ils communément de la voie du fidéicommis, que quand ils voulaient laisser leur succession, en tout ou en partie, à quelques personnes que la loi leur défendait d'avantager; pour cet effet, ils la laissaient à des héritiers capables de recevoir, et les chargeaient secrètement de la restituer à ceux qu'ils voulaient en gratifier; et c'est de là que ces sortes de dispositions ont été appelées *fidéicommis*, c'est-à-dire, commises à la foi d'un tiers.

Dans la suite, le préteur força ceux qui étaient chargés de fidéicommis, à en faire la restitution; et, comme il n'était pas juste qu'après l'avoir effectuée, l'héritier pût encore être inquiété à raison de la qualité qu'il avait prise, il fut fait, pendant le règne de Néron, sous le consulat de Trebellius Maxime et d'Annœus Sénèque, un sénatus-consulte par lequel il fut ordonné qu'après que la succession aurait été restituée en vertu d'un fidéicommis, toutes les actions que l'héritier pourrait intenter, ou qu'on pourrait intenter contre lui, passeraient à celui ou contre celui auquel la restitution de l'hérédité aurait été faite. Ce sénatus-consulte est celui qu'on appelle *Trébellien*.

On s'aperçut bientôt de l'insuffisance de cette loi. Les héritiers institués étaient le plus souvent chargés de restituer la totalité ou la plus grande partie de la succession; et, comme, par ce moyen, ils n'en tiraient que peu ou point de profit, ils prenaient le parti d'y renoncer; par-là, l'institution devenait caduque, et sa caducité emportait celle du fidéicommis.

Cet inconvénient donna lieu, sous l'empire de Vespasien, et le consulat de Pégasus et de Pusio, à un autre sénatus-consulte, par lequel il fut permis à celui qui était chargé de rendre une succession à laquelle il avait été appelé à titre d'institution, d'en retenir la quatrième partie, à la charge d'acquitter toutes les dettes de la succession. C'est ce sénatus-consulte qu'on a nommé *Pégasien*.

Enfin, l'empereur Justinien a fondu ensemble ces deux lois, et a pris dans chacune ce qu'il y avait de plus sage pour faire, à cet égard, un réglement général qui obviât à tout. En conséquence, il a ordonné la restitution de toutes les successions fidéicommissaires, quoique le testateur eût laissé la quatrième partie de ses biens à son héritier, soit qu'il lui eût assigné plus ou moins, soit même qu'il ne lui eût absolument rien réservé : en sorte cependant que, dans ce dernier cas, et dans celui où l'héritier aurait moins du quart de la succession, il serait en droit de demander ce quart entier; et quant aux charges de l'hérédité, le même législateur a voulu qu'elles fussent partagées entre l'héritier et le fidéicommissaire, à raison de ce qu'ils prendraient respectivement dans le patrimoine du défunt.

Cette quatrième partie des successions fidéicommissaires, réservée à l'héritier, est ce qu'on appelle la *Quarte trébellianique*.

[[Les substitutions fidéicommissaires ayant été prohibées par la loi du 14 novembre 1792, et la prohibition en étant maintenue par le Code civil, sauf deux exceptions, l'une dont il est parlé à l'article *Majorat*, §. 6, l'autre qui est indiquée à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 1, §. 14, n° 5, il est clair, surtout, d'après l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, qu'il ne peut plus être question en France de Quarte trébellianique, si ce n'est pour les substitutions qui se sont ouvertes avant la publication de la loi du 14 novembre 1792.]]

§. II. *Des pays où la Quarte trébellianique est en usage. Question mixte sur cette matière.*

I. Toutes les provinces de France qu'on désigne communément par le nom générique de *pays de droit écrit*, ont conservé l'usage de la trébellianique.

II. A l'égard des pays coutumiers, Dumoulin, sur la coutume de Paris, tit. 1, §. 15, glose 4, aux mots *deux enfans venans*, n° 10, remarque qu'elle n'y a pas lieu.

Bacquet dit la même chose dans son *Traité du droit de bâtardise*, chap. 5, n° 22 : Mais « il faut entendre (ce sont ses termes) que » la Quarte trébellianique qui est baillée a

» l'héritier institué sujet à rendre au fidéi-
» commissaire tous les biens, par le moyen
» de laquelle il peut retenir le quart des
» biens de la succession, ni pareillement
» la Quarte falcidienne, qui est aussi baillée
» à l'héritier institué contre les légataires
» auxquels tous les biens de l'hérédité sont
» légués....., ne sont reçues ni observées
» en pays coutumiers de France, même en
» la prévôté et vicomté de Paris ».

Laurière, *Traité des institutions et des substitutions contractuelles*, tome 2, page 362, assure également que, « dans nos pays
» coutumiers, nous n'admettons point les
» Quartes trébellianiques ».

Cette doctrine n'est pas cependant sans contradicteurs.

Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, convient que « l'opinion commune
» est que la Quarte trébellianique n'a pas
» lieu dans les pays coutumiers; cependant
» (continue-t-il), la même raison doit mi-
» liter, tant dans les pays de coutume que
» dans ceux de droit écrit; car dans toute
» la France, les substitutions sont de véri-
» tables fidéicommis ».

Cet auteur n'insiste pourtant pas sur sa proposition; car il ajoute aussitôt « qu'en
» tout cas, il y a plusieurs exceptions à
» faire », et il les expose en ces termes : « 1° Il faut excepter les coutumes qui dé-
» sirent l'institution d'héritier, comme celles
» de Berry et des deux Bourgognes. Tai-
» sand, dans son Commentaire sur la cou-
» tume du duché de Bourgogne, tit. 7,
» art. 7, n° 3, certifie que, dans la Bour-
» gogne, la Quarte trébellianique a lieu;
» 2° il faut excepter les coutumes qui disent
» que les cas omis seront réglés par le droit
» romain ».

Il y a bien des choses à dire sur ces exceptions prétendues.

1° Il paroît certain que la trébellianique n'a pas lieu en Berry, comme l'avance Bretonnier. Ecoutons Boucher d'Argis, son annotateur : « Gaterinet, en sa Dissertation
» que *les coutumes ne sont point de droit*
» *étroit*, dit néanmoins qu'en Berry, il n'y
» a point de trébellianique; que cela fut
» ainsi jugé en la prévôté de Bourges, le....
» mars 1599, comme le remarque le labo-
» rieux Chenu en ses recueils qui étaient
» alors entre les mains de M. Drouet,
» savant avocat de Paris ».

2° Quant à la Bourgogne, il est constant que la trébellianique y est reçue : mais cette province n'est point coutumière, comme le croit Bretonnier; le président Bouhier a prouvé de la manière la moins équivoque, qu'elle est vraiment de droit écrit. Ainsi l'usage qui y règne sur ce point, ne peut être d'aucune conséquence pour les autres pays qu'on appelle proprement *coutumiers*.

3° Bretonnier ne s'est-il pas trompé, en avançant que la trébellianique est admise dans les coutumes qui renvoient au droit romain la décision des cas qu'elles ont laissés indécis ?

Il faut convenir que cette assertion est vraie par rapport à plusieurs de ces coutumes.

Stockmans dit que l'usage de la trébellianique a été affermi dans le Brabant par l'autorité de plusieurs arrêts du conseil souverain de Bruxelles, dont il était membre : *Rarior occasio utendi beneficio trebellianicæ dubitationem nonnullis attulit an mores nostri eam ferrent? Sed rerum judicatarum auctoritas id nunc extrà aleam constituit.* Le même magistrat, §. 41, fait mention d'un autre arrêt de 1636, par lequel le même tribunal a adjugé la trébellianique sur une succession régie par la coutume de Liége; et un auteur plus moderne, Sohet, dans ses *Institutes de droit pour le pays de Liége, imprimées à Namur en* 1770, atteste que l'usage actuel y est encore le même à cet égard.

Il y a quelque chose de plus. La coutume d'Amiens n'est certainement pas du nombre de celles qui soumettent au droit romain les cas qu'elles n'ont point prévus; cependant on trouve dans le commentaire de Dufresne sur cette loi municipale, un arrêt du 14 juillet 1618, par lequel le parlement de Paris a accordé la Quarte trébellianique à une personne grevée d'une substitution qu'il a en même temps déclarée ouverte. Voici le dispositif de cet arrêt :

« Notredite cour a mis et met ladite appel-
» lation et sentence de laquelle il a été ap-
» pelé au néant, sans amende et dépens de
» ladite cause d'appel; en émandant et cor-
» rigeant ladite sentence, a déclaré et dé-
» clare la substitution contenue audit contrat
» de mariage, du 12 mars, ouverte au pro-
» fit de ladite appelante; et, en conséquence
» de ce, condamne lesdits intimés à se dé-
» partir et se désister de ladite possession
» et jouissance des héritages vendus à défunt
» André Cardon, par le contrat du 23 mars
» 1577, produit au procès, et contenue au-
» dit contrat du 12 mars, en rendre et res-
» tituer les fruits depuis contestation en
» cause seulement, déduction préalablement
» faite des droits que ledit Jean Martin eût

» pu prendre pour sa légitime en la succes-» sion de Jeanne de Montescourt, sa mère, » et *Quarte trébellianique* ès-biens.... Si » donnons en mandement à notre bailli d'A-» miens, ou son lieutenant général, etc. ».

D'un autre côté, il y a dans la Belgique, soit française, soit autrichienne, bien des coutumes dont le droit romain est comme le supplément né, et où cependant la trébellianique ne laisse pas d'être tout-à-fait inconnue.

Ainsi, tout ce qu'on peut dire de plus certain sur la jurisprudence des pays coutumiers en cette matière, c'est que la trébellianique n'y est ni universellement admise, ni universellement rejetée; et que, s'il s'élevait des contestations où l'on prétendit qu'elle eût lieu dans telle province coutumière, la question ne pourrait être décidée que par la preuve de l'usage.

III. Cette diversité de jurisprudence peut donner lieu à une question mixte dont il faut dire quelque chose. Un testament fait dans un pays coutumier où la trébellianique n'est pas en usage, peut-il en autoriser la distraction sur des biens situés dans une province de droit écrit?

Voici ce que répond Ricard, *Traité du don mutuel*, chap. 6, n° 516:

« Nos testamens, dans le pays coutumier, ne pouvant passer que pour des codicilles, il s'ensuit qu'ils ne peuvent pas avoir plus d'effet dans le pays de droit écrit, que si c'étaient des actes de pareille qualité et des codicilles..... D'où il s'ensuivrait que, dans ce cas, l'héritier légitime pourrait prétendre la Quarte trébellianique sur les biens situés dans le pays de droit écrit, parcequ'il a droit de la prétendre, aux termes du droit civil, au cas que le défunt de la succession duquel il s'agit, ait disposé de ses biens par un simple codicille sans testament solennel (1).

» Je suis néanmoins dans un sentiment contraire, et estime qu'au cas que le testateur ait disposé de tous ses biens, par un testament fait à Paris, suivant les formes de la coutume du lieu, celui qui était habile à lui succéder *ab intestat*, ne pourra prétendre aucune distraction de la Quarte trebellianique sur les biens situés au pays de droit écrit; d'autant que ce qui fait prendre cette Quarte à l'héritier légitime, au cas d'un codicille sans testament, par le droit civil, c'est la faiblesse de l'acte et son défaut en la forme, résultant de la loi du pays, qui n'autorise pas une disposition testamentaire sans une institution d'héritier, où actuelle, comme dans un testament solennel qui doit être accompagné d'une institution d'héritier, ou feinte et supposée, comme dans un codicille, lequel n'étant pas de soi capable d'institution d'héritier, la loi suppose, pour lui donner effet, que l'héritier *ab intestat* est institué héritier: et comme l'héritier institué a cette rétention de la Quarte trébellianique, lorsqu'il est chargé de rendre la succession à d'autres par le testament solennel, aussi au cas du codicille, l'héritier *ab intestat*, qui fait fonction d'héritier institué, a pareil privilége de rétention; de sorte que l'héritier *ab intestat* n'a point directement ce droit en vertu d'un privilége personnel et en qualité d'héritier légitime, mais au défaut d'héritier institué, par une présomption de la loi, n'y ayant pas de difficulté qu'il fût demeuré privé de ce droit si le testateur eût institué un héritier par un testament solennel. Ce n'est pas aussi la nature de la chose qui lui attribue ce droit, puisque le testateur a la liberté d'en disposer absolument à son préjudice: d'où il résulte que ce n'est que la qualité et la forme de l'acte qui lui donne cette Quarte, et que conséquemment il ne peut pas la prétendre, au cas d'un testament fait en la coutume de Paris, qui subsiste et peut transférer les dispositions y contenues sans cette solennité, jusque-là même que, si un semblable testament contenait une institution d'héritier, elle n'aurait force et ne serait exécutée pour ce regard, que comme un legs universel sur les biens même situés au pays de droit écrit, ne pouvant pas être considérée, en cette occasion, comme le chef du testament, et comme une solennité essentielle et nécessaire, qui est ce qui donne lieu à la distraction de la Quarte, aux termes du droit civil, puisque la coutume du lieu où le testament est passé, ne requiert en façon quelconque cette formalité; de sorte que ce mot d'*institution* n'y est considéré que comme un terme capable d'expliquer la volonté du défunt, et non pas comme une formalité de l'acte ».

Ainsi raisonne Ricard. On aperçoit aisément qu'il prend le change sur la nature de l'institution d'héritier, en la considérant comme une pure solennité. Cette erreur, qui est réfutée à l'article *Institution d'héritier*, sect. 1, n° 6, ne le conduit cependant pas à des conséquences absolument fausses, car le fond de sa résolution est vrai. Je m'explique.

(1) *V.* ci-après, §. 3.

L'ordonnance de 1735 distingue, par rapport aux testamens faits en pays coutumier, le cas où ils contiennent une institution d'héritier, de celui où ils ne portent que des legs universels.

Dans le premier cas, elle veut que l'institution d'héritier soit exécutée comme telle à l'égard des biens situés en pays de droit écrit; et par conséquent alors il ne peut pas être question de trébellianique au profit de l'héritier *ab intestat*.

Dans le second cas, l'ordonnance fait une seconde distinction : ou le testateur est domicilié en pays de droit écrit, ou il est domicilié en pays coutumier.

Lorsque le testateur est domicilié en pays de droit écrit, le legs universel se convertit en institution d'héritier, pour les biens qui s'y trouvent. Ainsi, dans cette hypothèse, comme dans la précédente, point de trébellianique pour l'héritier *ab intestat*.

Si le domicile du testateur est en pays coutumier, le legs universel qu'il fait, ne vaut dans les pays de droit écrit que comme legs universel, et par conséquent il est sujet à délivrance de la part de l'héritier du sang.

Cet héritier a-t-il alors le droit d'en distraire la trébellianique? Non, parceque la trébellianique n'a lieu au profit du successeur *ab intestat*, que dans le cas où il est chargé par le testateur de rendre l'hérédité en tout ou en partie, et qu'un legs universel ne porte point sur l'*hérédité* proprement dite, mais sur les *biens*, deux choses qu'il ne faut pas confondre, comme on l'a vu aux mots *Légataire*, §. 7, art. 1, et *Légitime*, sect. 2, §. 1.

Il ne faut cependant point conclure de là que l'héritier légitime soit alors réduit à un vain titre, et que le legs universel doive recevoir une exécution pleine et entière. Il est certain, au contraire, que ce legs sera soumis à la distraction de la falcidie, si l'héritier n'a point trouvé dans la succession de quoi remplir cette Quarte.

Supposons maintenant un testament fait en pays de droit écrit, avec toutes les formalités qui y sont requises, et notamment avec institution d'héritier : donnera-t-il ouverture à la trébellianique sur les biens que le défunt a laissés dans une province coutumière où elle n'a point lieu? Non, parceque l'institution d'héritier qui se fait en pays de droit écrit, ne peut être exécutée en pays coutumier qu'à titre de legs universel, et que par conséquent elle ne peut donner aux héritiers *ab intestat* plus de droit que ne leur en donnent les coutumes où le legs universel reçoit son exécution.

§. III. *Des personnes qui ont droit à la trébellianique.*

I. Tout héritier testamentaire ou *ab intestat*, qui est chargé de restituer la succession en tout ou en partie, peut en distraire la Quarte trébellianique; c'est pourquoi la loi I, §. 5, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, dit que le sénatus consulte *locum habet, sive ex testamento quis heres esset, sive ab intestato rogatusque sit restituere hereditatem*.

Ce que nous disons de l'héritier *ab intestat*, suppose, de la part du testateur, ou un codicille par lequel il l'a chargé expressément de restituer l'hérédité, ou un testament qui n'a d'effet que par la clause codicillaire. On peut voir les décisions que contiennent là-dessus la loi 5, C. *ad Trebellianum*; la loi dernière, D. *quandò dies legatorum*; la loi 2, §. dernier, *de jure codicillorum*; la loi 29, D. *ad Trebellianum*; le §. 3, Inst. *quibus modis testamenta infirmentur*; le §. 8, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*, et les art. 57 et 58 de l'ordonnance de 1735, rapportés aux mots *Quarte falcidie*, §. 3.

II. Le légataire chargé de fidéicommis, n'a point droit à la trébellianique : la loi 22, §. dernier, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, le décide ainsi en termes exprès; et c'est, suivant Despeisses, ce qui a été jugé par un arrêt de la chambre de l'édit de Castres, du 27 octobre 1620.

Cette décision comprend même le légataire d'une partie de l'hérédité : la loi que nous venons de citer, y est formelle.

Despeisses enseigne, d'après Barry, qu'il doit en être de même du donataire à cause de mort, « contre ce qui a été jugé à la cham» bre de l'édit de Castres, au rapport du » sieur de Papus, le pénultième janvier 1609. » Car les legs étant semblables aux donations » à cause de mort (§. 1, Inst. *de donationi. » bus*), et le légataire, bien que d'une partie » de l'hérédité, n'ayant pas droit de la dis» traire, comme il a été dit ci-dessus, s'en» suit que le donataire à cause de mort n'en a » pas non plus ».

Nous trouvons dans les œuvres de Duperrier, un arrêt du parlement d'Aix, du 3 mai 1633, qui a confirmé cette doctrine.

III. L'héritier institué dans une chose particulière, n'est réputé que légataire, comme nous l'avons établi aux mots *Institution d'héritier*, sect. 2; il ne peut donc pas distraire

la trébellianique. C'est ce qu'enseignent Peregrini, Mantica, Grassus et Barry. Guy-Pape, quest. 466, dit l'avoir vu juger ainsi au parlement de Grenoble. Papon, liv. 20, tit. 3, n° 3, rapporte un arrêt semblable du parlement de Paris, du 7 mars 1548. Il y en a un plus récent de la même cour, dans le recueil de Bouguier, lettre S, §. 8. Maynard, liv. 7, chap. 28, nous en fournit un quatrième, qu'il ne date point, mais qui est émané du parlement de Toulouse. Cambolas, liv. 5, chap. 12, en rapporte un cinquième rendu par le même tribunal, le 10 avril 1624. Il en est intervenu un sixième au parlement d'Aix, le 16 juin 1663, qu'on trouve dans le recueil de Boniface, tome 5, liv. 2, tit. 19, chap. 5. Le parlement de Grenoble a jugé de même par un arrêt du 14 mars 1625, qui est inséré dans le recueil de Basset, tome 2, liv. 8, tit. 3.

Il en serait cependant tout autrement, si l'institué dans une chose particulière se trouvait sans co-institué, parcequ'alors il ne serait plus considéré comme légataire, mais comme héritier, et qu'à ce dernier titre, il prendrait l'hérédité entière par droit d'accroissement. *V.* l'article *Institution d'héritier*, sect. 2.

IV. Le donataire entre-vifs ne distrait point de trébellianique sur le fidéicommis dont le donateur l'a grevé, « parceque (dit » Duperrier) la donation, quoiqu'univer- » selle, n'est pas une hérédité, et le donataire » n'est pas chargé d'un fidéicommis en qua- » lité d'héritier, mais bien en qualité de » donataire, comme l'a observé M. le prési- » dent de Saint-Jean, et comme la cour (le » parlement d'Aix) le jugea par arrêt qu'il en » rapporte déc. 59 ».

Mais ne faut-il pas excepter de cette décision le cas où la substitution n'est établie que par un testament postérieur à la donation?

Voici ce que répond Serres, *Institutions au droit français*, liv. 2, tit. 22, §. 3: « Lorsque le donataire se trouve chargé de » rendre, par un testament postérieur, les » biens qui lui avaient été précédemment » donnés (dans les cas où les substitutions » aux biens donnés sont permises), il y a lieu » alors à la distraction de la Quarte trébel- » lianique, suivant un arrêt du parlement » de Toulouse, du 6 février 1643, rapporté » par Aymard, sur l'art. 56 de l'ordonnance » de 1735; j'ai vu cependant, il n'y a pas » long-temps, de fameux avocats être d'un » avis contraire ».

Il est difficile de croire que l'arrêt dont parle ici l'auteur cité, soit rapporté avec exactitude; en tout cas, il ne serait pas à craindre qu'il passât en maxime.

V. En général, il est de principe, aux termes de la loi 22, §. dernier, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, que, pour donner lieu à la distraction de la Quarte trébellianique, il ne suffit pas que le fidéicommis porte sur l'hérédité, mais qu'il faut encore que celui qui en est chargé, soit héritier, et que la charge lui en ait été imposée en cette qualité : *Ut trebelliano locus esset, non sufficit de hereditate rogatum esse, sed quasi heredem rogari oportet.*

VI. L'héritier contractuel doit-il être, à cet égard, assimilé à l'héritier testamentaire ou *ab intestat?*

Fernand, sur la loi *in Quartam, præf.* n^os^ 7 et 8, Charondas, dans ses *Pandectes*, liv. 3, chap. 12, Neostade, *de pactis antenuptialibus*, observat. 2, Voët, sur le Digeste, liv. 36, tit. 1, n° 57, regardent la négative comme une maxime constante; et Maynard, liv. 5, chap. 67, assure qu'elle a été consacrée au parlement de Toulouse par plusieurs arrêts, sans cependant en citer aucun.

L'opinion contraire n'a que deux partisans de nom.

Le premier est Coquille. Voici comment il s'exprime, sur l'art. 12 du chap. 27 de la coutume de Nivernais : « Si le fils est institué » héritier de son père en faveur de mariage, » avec condition, s'il décède sans enfans » mâles, de restituer l'hérédité à son frère, » l'on peut dire que, si ledit fils institué dé- » laisse seulement une fille, qu'elle retirera » sa légitime, et encore la trébellianique, » selon le chapitre *Raynutius, extrà, de* » *testamentis*. La légitime sera tirée la pre- » mière, et le quart du reste sera la trébel- » lianique. Puisque notre coutume a reçu en » ce cas l'institution d'héritier, il n'est pas » mal à propos d'y appliquer les mêmes re- » mèdes du droit romain, puisqu'ils sont fon- » dés en raison ».

Le second auteur dont nous venons de parler, est Duperrier; c'est le seul qui traite la question avec l'étendue et la profondeur qu'elle mérite. En convenant que l'opinion de Coquille est généralement réprouvée par les docteurs et proscrite *par l'autorité de la chose jugée*, il entreprend de la remettre en vigueur, et il l'appuie des raisons les plus séduisantes. Après avoir observé que le droit romain n'admettait pas les institutions, ni par conséquent les substitutions contractuelles, il s'explique en ces termes :

« Mais l'usage de ce royaume ayant dérogé

à ce principe du droit civil, en faveur du contrat de mariage, et autorisé les institutions d'héritier et les clauses et conditions du fidéicommis stipulées en ce contrat et en considération du mariage, il faut nécessairement avouer que, comme ces institutions contractuelles sont de véritables institutions d'héritier, et les fidéicommis stipulés dans ce même contrat, de véritables fidéicommis, et aussi bons et valables comme s'ils étaient ordonnés par un testament, les mêmes règles établies aux institutions et aux fidéicommis testamentaires, doivent être observées aux institutions et fidéicommis contractuels, à la réserve de celles qui sont incompatibles avec la nature et la qualité des contrats, au nombre desquels on ne peut pas mettre la trébellianique.

» Car ce n'est pas la nature et la qualité des testamens qui a produit la trébellianique, mais bien la charge d'un fidéicommis, parce qu'on n'a pas trouvé juste et raisonnable qu'un héritier eût cette qualité vainement et sans fruit, comme il l'aurait s'il restituait entièrement l'hérédité sans en rien distraire, à l'exemple de la falcidie; qui n'avait été introduite auparavant qu'afin que l'héritier surchargé de legs ne fût pas entièrement dépouillé de l'héritage, qui est une raison qui convient aussi bien à l'héritier contractuel comme au testamentaire, puisque l'un et l'autre représentent indifféremment la personne du défunt, et que l'un et l'autre sont choisis pour succéder à ses droits et représenter sa personne après son décès ».

Après avoir ainsi justifié son sentiment, Duperrier discute les raisons des auteurs qui le rejettent.

Ces raisons consistent à dire : par quels motifs la trébellianique a-t-elle été introduite? Elle l'a été, 1° afin que l'héritier ne fût pas réduit à un vain nom; 2° afin de l'inviter à accepter l'hérédité; 3° afin d'empêcher qu'il n'anéantit le testament par sa renonciation. Or, aucun de ces trois motifs ne peut s'appliquer à la substitution contractuelle. D'ailleurs, la loi *quidam cùm filium*, D. *de heredibus instituendis*, met en principe qu'il n'y a lieu à aucune distraction, lorsque la restitution se fait en vertu d'un contrat.

Mais, répond Duperrier, il est déjà prouvé que le premier des trois motifs qu'on prête à l'introduction de la falcidie, reçoit une application directe et entière à l'héritier institué par contrat de mariage.

Quant au deuxième,

« Premièrement on peut dire qu'il se rencontre aux institutions contractuelles, parce qu'il n'y a point d'apparence qu'un homme veuille accepter cette institution sans quelque profit et quelque participation aux biens et à l'hérédité de celui qui le choisit pour son héritier.

» Secondement, si cette considération eût été le véritable motif de la Quarte pégasienne, qui, depuis Justinien, a été appelée *trébellianique*, il eût été impertinent de l'introduire par le même sénatus-consulte qui a imposé à l'héritier grevé la nécessité d'accepter l'hérédité pour faire valoir et subsister le fidéicommis, puisque, par cette obligation, il était suffisamment pourvu à la validité du fidéicommis et du testament; et toutefois le même sénatus-consulte pégasien, qui a introduit la distraction de la Quarte que nous appellons *trébellianique*, a aussi obligé nécessairement l'héritier à l'acceptation de l'hérédité, pour la restituer en même temps au fidéicommissaire, le privant néanmoins du bénéfice de cette distraction, quand il se laisse forcer et contraindre à prendre et accepter l'hérédité ».

Ces raisons servent en même temps de réponse au troisième motif.

« Car cette distraction (dit encore Duperrier) n'est pas nécessaire à la validité et à l'exécution du testament, puisque la loi contraint l'héritier d'accepter l'hérédité et de restituer le fidéicommis malgré qu'il en ait;

» Et d'ailleurs la trébellianique ne peut pas avoir été inventée pour la validité du testament, puisqu'elle a lieu aussi en faveur des héritiers *ab intestat* qui sont chargés d'un fidéicommis; tellement que le véritable motif de cette distraction étant en cette première raison qu'il n'est pas juste que celui qui a été honoré de la qualité d'héritier, soit privé de tout profit et de tout avantage, et dépouillé entièrement de l'hérédité, il n'y a point de sujet légitime pour la refuser à l'héritier contractuel, et le confondre par ce moyen avec un simple donataire ».

« Reste à établir que la loi *quidam cùm filium* n'est point contraire à cette doctrine; et c'est ce que fait encore Duperrier.

« Le cas de cette loi (dit-il) est qu'un homme ayant témoigné à un enfant de famille qu'il voulait le faire son héritier, à la charge qu'il n'en pourrait rien parvenir à son père (ce qui ne se pouvait faire qu'en l'instituant sous cette condition que son père l'émanciperait) il pria le testateur de ne pas le faire, appréhendant que cette condition ne fût désagréable à son père, et lui persuader d'instituer un sien ami, duquel il tira parole d'accepter cette hérédité et de la lui restituer, quand il serait hors de la puissance de son père, de

manière que le testateur, par son testament, institua purement et simplement cet ami du fils de famille, *necquicquam ab eo petitum est*, c'est-à-dire, que le testateur ne le chargea d'aucun fidéicommis, selon l'interprétation d'Accurse, de Cujas et de tous les autres docteurs; ce qui fut cause qu'après la mort du testateur, cet enfant de famille ne savait par quelle action il pouvait convenir et contraindre cet ami à lui restituer ladite hérédité, parceque le testateur ne l'ayant point chargé d'un fidéicommis, et l'ayant institué purement et simplement, le fils de famille ne pouvait pas agir contre lui *ex fideicommisso aut testamento*.

» Et sur cette difficulté, le jurisconsulte répond qu'il n'a point d'autre action que celle du mandat, *actionem utilem mandati*, fondée sur la promesse que cet ami lui a faite d'accepter l'hérédité et de la lui restituer ».

On voit par cet exposé, que la loi citée est absolument étrangère à notre question. Cependant Balde en a conclu que la trébellianique n'a point lieu dans les restitutions des fidéicommis qui se font en vertu de contrats.

« Mais (c'est toujours Duperrier qui parle), outre que le jurisconsulte n'a point parlé de la trébellianique dans cette loi, et qu'ainsi cette doctrine est sans fondement, il faut d'ailleurs observer que véritablement, en cette espèce, l'héritier institué ne pouvait point prétendre de trébellianique, quoique la loi ne l'ait pas dit; mais c'est parcequ'il n'était point chargé d'un fidéicommis, et qu'on n'était pas aux termes de la règle du jurisconsulte Ulpien (auteur de la loi 22, §. dernier, D. *ad Trebellianum*), rapportés ci-dessus, et suivant lesquels *il n'y a jamais de trébellianique que quand un héritier est chargé par le testament* de rendre l'hérédité; car le fidéicommis doit venir de la main ou de la bouche du testateur, qui, en instituant un héritier, le prie ou le charge de rendre son hérédité à qui bon lui semble; et ce testateur avait institué purement l'ami choisi par le fils de famille, sans l'avoir chargé d'un fidéicommis envers lui, comme Africanus l'a expressément observé par ces mots, *in testamento amicus filii ignotus testatori heres institutus est, nec quicquam ab eo petitum est;* et c'est aussi ce qui faisait la difficulté en la question.

» Car, s'il y eût eu un fidéicommis exprès ou tacite dans ce testament, il n'eût pas fallu consulter ce savant jurisconsulte pour trouver une action contre cet ami infidèle, puisque l'action *ex testamento aut ex fideicommisso*, en vertu du sénatus-consulte pégasien ou trébellien, eût été sans difficulté; et toutefois, parceque, comme dit ce même jurisconsulte, *non aliter fideicommissum ab eo petipotest quàm si et ipsum testatorem fidem ejus secutum esse probaretur*, il n'y trouve point d'autre action que celle du mandat: et, cet ami n'étant point attaqué par une action de fidéicommis, mais par une action de mandat et en vertu de la promesse qu'il avait faite à ce fils de famille, il ne pouvait pas prétendre une trébellianique, qui n'appartient qu'aux héritiers chargés d'un fidéicommis universel par le testateur; outre que cet ami n'était pas proprement héritier, mais bien le fils de famille, auquel cet ami n'avait fait que prêter son nom et son intervention; tellement que, comme ce n'était qu'une fiducie et non pas une véritable institution, la décision de cette loi n'influe du tout en rien sur la question d'un héritier contractuel, qui est véritablement héritier, et qui est aussi chargé d'un véritable fidéicommis ».

Telles sont les raisons que Duperrier emploie pour détruire l'opinion de ceux qui refusent la trébellianique à l'héritier institué et grevé de fidéicommis par contrat de mariage. « Si le succès (dit son additionnaire) » était toujours attaché à la vigueur de l'at» taque, son avis eût prévalu. Mais, si l'on » met à l'écart Coquille, qu'il appelle à son » secours, et lui-même, on ne trouve pas un » auteur de nom qui n'ait établi la proposi» tion contraire à celle qu'il s'efforce d'accré» diter ».

VII. *L'héritier qui a droit à la trébellianique, transmet-il à son héritier la faculté d'en faire la distraction?*

La loi 10, C. *ad legem Falcidiam*, établit l'affirmative de la manière la plus précise; en voici la traduction littérale : « Quoique votre » père ait prié votre frère, au cas qu'il mou» rût sans enfans, de vous rendre sa portion » d'hérédité, cependant, dans la circonstance » qu'il est décédé *intestat*, il est clair que ce » qu'il a eu droit de distraire par le bénéfice » de la falcidie, appartient à ses héritiers lé» gitimes, et que, par cette raison, votre » sœur, qui lui a succédé *ab intestat* concur» remment avec vous, doit avoir part aux » biens qu'il a été en droit de retenir ».

On voit que ce texte emploie ici le mot *falcidie*, au lieu de *trébellianique;* cela confirme l'observation que nous avons faite au commencement de l'article *Quarte falcidie*.

On trouve dans le recueil de Papon, liv. 20, tit. 3, n° 30, un arrêt conforme à la disposition de ce texte : « Par arrêt de Toulouse, » prononcé la vigile de la Pentecôte, en robes

» rouges, fut adjugée à une mère la moitié » des biens d'une sienne fille, nonobstant la » substitution : savoir, le tiers *jure legitimæ*, » et le quart du reste *jure trebelliani*, pour ce » que ladite fille était morte *jam facta pubes* ».

Il est pourtant un cas où cette décision n'a point lieu : c'est lorsque l'héritier grevé n'a omis de distraire lui-même sa trébellianique, que par une intention formelle d'en faire la remise au fidéicommissaire. Mais cette intention ne se présume pas facilement : c'est à celui qui s'en prévaut à la prouver; et de simples indices ne suffisent pas pour l'établir.

« C'est pourquoi (dit Despeisses), bien qu'un fils qui avait été institué héritier avec substituton en faveur de deux siennes sœurs, faisant l'une héritière, eût légué à l'autre certaine somme, avec cette clause, *outre et pardessus la substitution faite par notre père, à laquelle je veux qu'il ne soit rien dérogé;* par arrêt du parlement de Paris, du premier juin 1585, fut dit que la sœur héritière pouvait distraire les légitime et trébellianique qui avaient appartenu au frère... .

» Le semblable a été jugé au parlement de Toulouse, donné au rapport de M. Maynard: le fils grevé de fidéicommis ayant mis cette clause en son testament, *sans préjudice de la substitution faite par son père,* parceque les testateurs ne mettent de telles clauses en leurs testamens que pour témoigner *qu'ils* n'ont pas intention de frauder les fidéicommissaires ».

Du principe que la distraction de la trébellianique se transmet à l'héritier du grevé, il résulte nécessairement que le fisc jouit du même droit, lorsqu'il succède au grevé par déshérence, bâtardise, aubaine ou confiscation. C'est aussi ce que déclare nettement la loi 3, §. 5, D. *ad Trebellianum.*

VIII. La distraction de la trébellianique ne se fait que dans le premier degré de la substitution, ou, en d'autres termes, n'appartient qu'à l'héritier grevé immédiatement par le testateur.

Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 27, déf. 1, assure qu'il en a été ainsi jugé plusieurs fois au sénat de Chambéry; et « cela a lieu (dit Despeisses), bien qu'il soit » question d'un fidéicommis graduel et perpétuel; car, bien qu'alors il y ait autant » de fidéicommis qu'il y a de personnes qui » y sont appelées par degrés, néanmoins il n'y » a qu'une seule hérédité; si chaque fidéicommissaire prenait une Quarte, le fidéicommis perpétuel reviendrait au néant ».

Cette résolution est conforme à plusieurs textes du Digeste, et notamment à la loi 1, §. 19, D. *ad Trebellianum,* qui, en même temps qu'elle l'établit, y ajoute une exception remarquable. Voici comment elle est conçue; nous ne faisons que la traduire « Si un héri- » tier chargé de restituer la succession en- » tière, la restitue sans déduire la falcidie » (c'est-à-dire, la trébellianique) à une per- » sonne qui est elle-même chargée de la ren- » dre à un second fidéicommissaire, celui-ci » ne pourra pas pour cela distraire la falcidie, » *à moins que l'héritier n'ait voulu faire pré-* » *sent à lui seul, de la portion qu'il était* » *fondé à retenir* ».

IX. Brillon cite un arrêt du parlement de Toulouse, du 15 juillet 1626, par lequel il a été « jugé que l'héritier ou substitué du pu- » pille chargé de fidéicommis, ne distrait » point de Quarte ».

« L'on peut dire, en faveur de ce jugement » (dit l'additionnaire de Ricard), que le subs- » titué au pupille n'a été que le second dans » l'objet du testateur; qu'il y a en ce cas deux » degrés, et que le testateur a substitué aux » biens de l'impubère et non aux siens, ayant » seulement testé pour lui: c'est pourquoi le » premier héritier, qui est le pupille, est » censé avoir pris la Quarte qui a été confuse » dans ses biens ».

X. Despeisses dit que « l'héritier fiduciaire » chargé de fidéicommis à certain jour, ne » peut pas distraire cette Quarte » ; il cite Fernand comme un garant assuré de ce qu'il avance, et il ajoute : « Car tel héritier n'est » pas institué en sa propre faveur, mais à la » seule considération du fidéicommissaire, » le testateur ayant voulu son hérédité lui » être rendue après certain temps, avant le- » quel il ne lui était pas expédient qu'elle lui » fût rendue ».

Ce que dit ici Despeisses, est fondé sur la loi 55, §. 2, D. *ad Trebellianum.* Voici ce qu'elle porte : *Secundùm quæ dici potest non esse, priore (fideicommissario) tantùm desiderante, cogendum institutum adire, ubi nulla portio remansura sit apud eum, utiquè si confestim, vel post tempus, cùm fructibus rogatus est reddere. V.* l'article Fidéicie.

§. IV. *Des cas où la trébellianique cesse d'avoir lieu.*

I. Les personnes qui, dans la thèse générale, ont le droit de distraire la trébellianique, le perdent quelquefois, et cela, ou par la volonté du testateur, ou par la nature du fidéicommis, ou par leur fait personnel.

II. Elles le perdent par la volonté du testateur, lorsqu'il leur défend de l'exercer.

Tel est du moins le sentiment des auteurs les plus accrédités; ils se fondent communément sur le chap. 2 de la novelle 1, par lequel il est décidé clairement que le testateur peut interdire à son héritier la distraction de la falcidie. Quelle raison, en effet, disent-ils, y aurait-il de distinguer, à cet égard, la falcidie de la trébellianique? On n'en aperçoit aucune.

Quelques-uns d'entre eux vont plus loin : ils soutiennent que la trébellianique pouvait être prohibée, même dans l'ancien droit, qui cependant ne permettait pas de défendre la falcidie; de ce nombre est Hotman, liv. 7, obs. 13.

III. C'est une question si cette prohibition peut être faite à des enfans du premier degré que leur père a grevés de fidéicommis.

Si la loi 11, C. *ad legem Falcidiam*, pouvait être prise pour règle, la négative ne souffrirait aucun doute; car ce texte décide clairement que la trébellianique, à laquelle il donne le nom de *falcidie*, ne peut pas être diminuée au préjudice des fils du testateur. En voici les termes : « si, comme vous l'allé-» guez, votre père vous a obligé de rendre » à vos frères la portion dans laquelle il vous » a institué héritier, et vous a ordonné de » vous contenter, pour votre falcidie, de » certains effets qu'il a désignés, rien ne » vous empêche de réclamer, devant le juge » qui doit en connaître, le secours de la loi » falcidie dont vous parlez dans votre sup-» plique ».

On ne peut, sans contredit, rien de plus positif que cette loi; mais elle est fondée sur une raison qui ne subsiste plus, et qui par conséquent empêche qu'on y ait encore égard.

Dans le droit romain, la trébellianique ne pouvait jamais concourir avec la légitime; l'une tenait essentiellement lieu de l'autre : et, comme un père ne pouvait pas porter la moindre atteinte à la seconde, il fallait de toute nécessité qu'il respectât également la première.

Dans nos mœurs, au contraire, le fils grevé de fidéicommis par son père, distrait à la fois une légitime et une trébellianique : on ne doit donc plus accorder à celle-ci la même faveur qu'à celle-là, puisqu'elle ne lui est plus subrogée et qu'elle ne la représente jamais.

Aussi a-t-il été jugé plusieurs fois au parlement de Paris, que le père peut défendre à son fils de distraire la trébellianique du fidéicommis dont il le charge. Despeisses en cite cinq arrêts des 18 mai 1566, 10 septembre 1573, 6 août 1575, 23 août 1577 et 12 mai 1581. Il ajoute que le parlement de Toulouse a décidé plusieurs fois la même chose, et notamment en novembre 1592. C'est aussi ce qu'a jugé le parlement de Grenoble, par un arrêt que l'on trouve dans le recueil de Basset, tome 1, liv. 5, tit. 13, chap. 4.

Le parlement de Provence s'était fait là-dessus une jurisprudence contraire à celle de ces cours; mais l'art. 60 de l'ordonnance de 1735 l'a abrogée formellement : « Sera néan-» moins permis à tous testateurs de défendre, » par leur testament ou par un codicille pos-» térieur, de retenir lesdites Quarte falcidie » et trébellianique, conjointement avec la » légitime, auquel cas ceux qui ont droit de » légitime, auront seulement le choix entre la » distraction desdites Quartes et celle de la » légitime, à moins que le testateur n'en eût » autrement ordonné en les réduisant à leur » légitime ».

Le parlement de Provence réclama contre cet article :

« En examinant avec respect (dit-il) les différentes dispositions qui font le sujet de nos très-humbles remontrances, votre parlement, sire, croit devoir observer en premier lieu, que la faculté accordée par l'art. 60 à tout testateur de prohiber la distraction des deux Quartes, sans excepter de cette disposition les enfans du premier degré, est contraire, non-seulement à nos maximes, mais encore au statut de cette province; car, quoique la lettre ne soit pas précise, nous appuyons pourtant sur l'esprit de cette loi même, l'usage inviolablement observé parmi nous de permettre aux enfans du premier degré cette double distraction, malgré la défense du père.

» Telle est la tradition immémoriale de cette province, constatée par le témoignage uniforme de toutes les turbes dans une enquête ordonnée à ce sujet par le parlement de Grenoble ».

Voici quelle a été la réponse de M. le chancelier d'Aguesseau :

« La liberté que le roi a jugé à propos de laisser au testateur de défendre d'accumuler les distractions des Quartes falcidie et trébellianique avec celle de la légitime, ne peut avoir rien de contraire aux principes du droit romain, qui ne connaissait point ce concours de trois distractions; et, si un usage qui ne doit sa naissance qu'aux interprètes du droit canonique, a enfin prévalu dans cette matière, sur les plus saines maximes de la jurisprudence, rien n'était plus naturel que de permettre au testateur de prohiber ce qui n'a été introduit que contre les règles du

droit; on y a même rapporté le tempérament de donner, en ce cas, à ceux qui sont l'objet de l'art. 60, la faculté d'opter ce qui leur sera le plus avantageux, ou de leur légitime ou de ces distractions, lorsque le père ne les aura pas réduits précisément à la légitime; et cette disposition a paru si équitable, qu'aucun des parlemens du royaume où le droit écrit a force de loi, n'a été frappé des difficultés qu'on relève dans les remontrances de votre compagnie.

» Le statut de Provence ne peut servir de fondement à cette difficulté, puisqu'on reconnaît qu'il ne contient aucune disposition précise sur ce point; et une enquête qu'un auteur dit avoir été faite à l'occasion d'un procès porté dans une autre province, ne peut balancer la force des principes du droit romain, sur le respect qui est dû à la libre volonté du testateur, et à la sagesse qui le porte à conserver, autant qu'il est possible, l'intégrité d'une substitution qu'il regarde souvent comme le salut de sa famille ».

IV. Est-il nécessaire que la prohibition de la trébellianique soit faite en termes exprès?

On convient généralement de l'affirmative, relativement aux enfans du premier degré du testateur: la prohibition doit être expresse à leur égard, disent tous les auteurs, parcequ'on ne doit pas présumer facilement qu'un père veuille dépouiller ses enfans des droits que leur assurent la loi et l'usage. C'est ce qui « a été jugé diverses fois au » parlement de Toulouse, notamment le » 4 décembre 1595, et au parlement de Paris » en 1549 et le premier juin 1585. Ainsi, » l'héritier, auquel le testateur a défendu » l'aliénation de ses biens, peut distraire la » trébellianique, comme il a été jugé au » parlement de Paris, par arrêt prononcé en » robes rouges, à Noël 1615; même cette dé- » fense doit être expresse, bien que le fidéi- » commis soit en faveur d'un autre enfant » du testateur, comme il a été jugé au par- » lement de Toulouse, par arrêt prononcé » en robes rouges, à la prononciation de » Pâques 1582, le testateur ayant dit qu'il » voulait que son hérédité fût restituée en » plein droit ». Ainsi s'explique Despeisses.

Nous voyons dans le recueil de Stockmans, §. 40, que la coutume d'Anvers a adopté formellement cette jurisprudence. L'ordonnance de 1735 a été plus loin: elle l'a convertie en loi pour toute la France, non-seulement par rapport aux enfans, mais en général *pour tous ceux qui ont droit de légitime*. C'est la disposition de l'art. 60: « Défendons » aux juges (*porte-t-il*) d'avoir égard à ladite » prohibition, si elle n'est faite en termes » exprès ».

Le parlement de Provence a étendu jusqu'à cette partie de l'article les remontrances dont nous avons déjà parlé:

« Notre statut (a-t-il dit) décide que le testateur prohibe expressément, lorsqu'il veut que son hérédité soit restituée et que les legs soient payés sans aucune distraction. Le nouvel édit paraît, en plusieurs articles, ménager les usages et coutumes particuliers des lieux; la Provence ose se flatter d'obtenir la même faveur.

» Votre majesté n'a pas prétendu sans doute anéantir nos lois municipales, lois révérées par leur ancienneté, par le concours des peuples et du souverain qui les a formées, et par la protection des rois qui les ont confirmées si solennellement ».

M. le chancelier a répondu en ces termes:

« L'obligation que la nouvelle ordonnance impose au testateur de faire sa prohibition en termes exprès, est conforme à l'esprit du statut de Provence; il a supposé que la prohibition devait être expresse; et il n'a fait qu'autoriser une des manières de l'exprimer; en effet, une défense précise est le seul moyen de prévenir toutes sortes de contestations sur ce sujet.

» Et d'ailleurs, on ne doit pas craindre que de pareilles questions puissent se présenter à l'avenir, parceque les testateurs, avertis par une loi publique, ne manqueront pas d'expliquer leurs volontés dans les termes les plus exprés ».

A l'égard des collatéraux, les opinions sont partagées sur la question de savoir si la prohibition de la trébellianique peut leur être faite tacitement, ou si elle doit être expresse.

Ce dernier parti ne souffrirait aucune espèce de doute, s'il était constant qu'on dût appliquer à la trébellianique la disposition que contient le chap. 2 de la novelle 1 par rapport à la falcidie; car il faut pour celle-ci, une prohibition expresse: *si expressim designaverit* (*testator*) *non velle heredem retinere falcidiam*.

Les auteurs les plus judicieux ne font nulle difficulté d'étendre cette décision à la trébellianique. Pourquoi, en effet, donnerait-on à des conjectures incertaines, à des présomptions équivoques, la vertu de faire taire une loi précise qui permet à tout héritier grevé de fidéicommis, de distraire la Quarte trébellianique? Il est vrai que la disposition de l'homme peut neutraliser la disposition de la loi; mais aussi l'on doit convenir que celle-ci

étant claire et formelle, il faut, pour la faire cesser, que celle-là porte l'empreinte d'une volonté constante et manifeste. Ainsi, dit Stockmans, §. 40, il ne suffit pas qu'un testateur défende en général toute aliénation et diminution des biens qu'il grève de substitution; cela ne peut s'entendre que de l'aliénation en faveur de tierces personnes; et il n'en résulte aucunement que l'héritier doive être privé d'un bienfait que le droit commun lui assure, et que le testateur ne lui a pas ôté.

On trouve dans le recueil de Montholon, §. 121, un arrêt du parlement de Paris qui s'accorde parfaitement avec cette doctrine: il a été prononcé en robes rouges, à Noël 1615, et il a jugé que l'Hôtel-Dieu de Lyon devait jouir de la trébellianique dans une hérédité qui lui avait été laissée à charge de fidéicommis, et avec prohibition expresse de n'aliéner aucun bien.

La Provence a, sur ce point, un édit particulier, du 14 décembre 1456: « Ordonnons » (porte-t-il) que les testateurs puissent *ex-* » *pressément* prohiber tant la trébellianique » que la falcidie; et semble que le testateur » le prohibe assez expressément, lorsqu'il dit » qu'il veut que son hérédité soit restituée, » ou que les légats soient payés sans aucune » distraction ».

Cette disposition peut être regardée comme le résultat de tout ce que les meilleurs auteurs ont écrit là-dessus de plus raisonnable. Quand ils disent que la prohibition de la trébellianique doit être expresse, ils conviennent néanmoins qu'il n'y a, à ce sujet, aucune formule particulière à employer; que les termes, *je défends à mon héritier de distraire la trébellianique*, ne sont pas essentiels à cette prohibition; qu'il suffit qu'elle soit clairement établie de quelque manière que ce soit; et, comme on le voit, cette restriction ne déroge nullement à la nécessité de la prohibition expresse; elle ne fait que l'expliquer.

Que doit-on penser, après cela, de ces auteurs qui regardent les mots *de plein droit*, apposés dans une clause de restitution d'hérédité, comme une défense d'exercer le retranchement de la trébellianique?

Ces expressions, dit Guy-Pape, quest. 537, induisent une succession directe; elles font considérer le substitué comme recevant les biens des propres mains du testateur, et par conséquent elles contiennent virtuellement la prohibition de la trébellianique. Telle est, ajoute-t-il, la jurisprudence du parlement de Grenoble: *et, pro hâc parte consuevit hæc curia parlamenti judicare.*

Ce qu'il y a d'étonnant, c'est que cette doctrine a été aussi adoptée par le parlement de Toulouse. Ecoutons le président Maynard, liv. 6, chap. 32:

« Sébastien Ayral, prêtre, institue Jean Ayral, fils de Barthélemi, son frère, et, en cas que son héritier décède sans enfans, veut que son hérédité vienne *de plein droit* à deux Ayral, sœurs de son héritier. Procès, après le cas de la substitution arrivé, pour savoir s'il y avait lieu de distraction trébellianique, attendu les mots *de plein droit*.

» Le procès parti à la première et à la seconde des enquêtes, le rapporteur et le contretenant entrés dans la grand'chambre pour le départir, et le fait récité, M. le premier président d'Affis remontra que les présidens et anciens conseillers des enquêtes étaient blâmables d'avoir fait un partage en chose si claire et résolue dans le palais; savoir, qu'entre descendans il était besoin d'une prohibition expresse de trébellianique, mais aux étrangers, tels qu'au fait proposé, une prohibition tacite suffisait, telle que ces mots, *de plein droit*, portaient sans difficulté.

» A qui s'accordant les autres présidens et conseillers de la grand'chambre, sans y opiner ni raisonner autrement, le rapporteur et le contretenant furent renvoyés, avec charge de dresser l'arrêt et faire entendre la remontrance à toutes les deux chambres des enquêtes; ce qui fut fait: par arrêt du 13 juin 1578, la substitution fut déclarée ouverte sans distraction de trébellianique ».

V. La prohibition de la trébellianique peut-elle être faite par un codicille postérieur au testament dans lequel est écrit le fidéicommis?

La négative a été soutenue par Accurse, sur la loi 2, C. *de codicillis;* par Balde, dans son conseil 474, liv. 2; par Alciat, sur la loi *licet*, C. *de pactis;* et par Jason, dans son conseil 909. C'est même ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Toulouse, du mois d'août 1584, rapporté dans le recueil de La Roche-Flavin.

Mais cette opinion n'a pour base que des subtilités qu'il faut laisser dans les volumineux écrits de leurs auteurs. Le chap. 2 de la novelle 1, après avoir établi que le testateur peut défendre la falcidie, ajoute que sa disposition doit être observée dans toutes les espèces d'actes de dernière volonté; et de là résulte nécessairement la conséquence que la falcidie peut être prohibée par codicille aussi bien que par testament. Or, ce que Justinien

a introduit en cette matière pour la falcidie, pourquoi ne l'appliquerait-on pas à la trébellianique? Il n'y a, à cet égard, aucune raison de différence entre l'une et l'autre; c'est donc le cas de dire: *ubi eadem ratio, ibi idem jus.*

Aussi le parlement de Toulouse n'a-t-il point persisté dans l'opinion qu'il avait adoptée en 1584. L'année suivante, la question se représenta au rapport du président Maynard, alors conseiller; l'héritier à qui le testateur avait défendu, par un codicille, la distraction de la trébellianique, soutenait 1° que la défense était nulle; 2° que le codicille était faux. On n'eut aucun égard au premier moyen, et l'on admit la preuve du faux. L'arrêt est rapporté par La Roche-Flavin, liv. 4, au mot *Trébellianique*, tit. 7, art. 4; et par le président Maynard, liv. 5, chap. 49.

Le premier de ces auteurs nous en a conservé un semblable du 29 novembre 1595; et cette jurisprudence a été, comme on l'a vu ci-devant, consacrée par l'art. 60 de l'ordonnance de 1735.

VI. C'est une question si la prohibition de la trébellianique, qui n'est faite qu'à l'héritier du premier degré, produit son effet contre les degrés subséquens.

Voici ce qu'a écrit là-dessus Catellan, liv. 4, chap. 79:

« Guy-Pape, dans sa quest. 545, donne pour règle que la prohibition de la Quarte trébellianique, faite dans le premier degré, est présumée répétée dans les autres. Cette règle est vraie, lorsque les degrés sont d'une égale faveur; mais, lorsque la faveur est inégale, et que celle du second degré est plus grande que celle du premier, il peut n'en être pas de même. Un arrêt rendu à la chambre de l'édit, au rapport de M. de Larger, entre Tournier et Ravansy, donne cette exception à la règle ci-dessus alléguée. Un testateur avait institué, sa femme également avec son fils; il avait chargé sa femme de rendre, sans distraction de Quarte, sa moitié à son fils, et son fils de rendre à ses filles. Cet arrêt décide que le fils distrait la Quarte, tant de la moitié en laquelle il était institué, que de l'autre en laquelle la femme avait été instituée, et qu'il avait recueillie: la présomption de répétition de prohibition cesse donc en ce cas; du moins la prohibition n'étant point expresse à l'égard du second degré, elle n'empêche pas alors les descendans de distraire la Quarte.

» Cet arrêt est conforme à un autre rendu par la même chambre, au rapport de M. Cambon de Roussy, le 17 de juin 1655, au procès de Larbous ».

Il faut ajouter à ce passage de Catellan, l'observation que Vedel y a faite. Après avoir remarqué que Guy-Pape, à l'endroit cité, limite expressément sa décision au cas où il n'y a aucune raison de présumer le contraire, il en conclud que les arrêts cités par Catellan, sont exacts dans leur espèce;

« Et néanmoins (dit-il), j'estime qu'il faut ici faire une distinction fondée sur la présumée volonté du testateur, qui sert de règle à la décision de Guy-Pape, et qui est presque toujours le guide qu'il faut suivre dans les matières de substitution: savoir, qu'il y a lieu de présumer une répétition de clause prohibitive de distraction de Quarte, dans le fils même qui reçoit le fidéicommis des mains de la femme à laquelle cette prohibition a été faite, quand le substitué à ce fils est un autre des enfans du testateur, appelé sous la qualification de *mâle*, parceque cette qualification dénote la volonté du testateur de conserver les biens en leur entier, *favore agnationis*; l'objet du substituant qui a fait la prohibition à la femme héritière grevée, ne pouvant être que de faire passer l'hérédité tout entière à sa descendance masculine, *conservandæ agnationis gratiâ*; car les interprètes donnent à cette clause de *mâle* cette même interprétation.

» Mais, si une fille du testateur est substituée au fils ou à quelque parent collatéral, alors il y a lieu de conjecturer que la prohibition ne passe point à ce fils, et qu'elle n'a été faite à la femme héritière grevée, que dans la vue de conserver l'hérédité entière aux seuls mâles ».

VII. Nous avons dit que la nature du fidéicommis peut faire cesser la trébellianique. Il y a, en effet, deux cas où des raisons inhérentes à la disposition du testateur, empêchent la distraction de cette Quarte.

Le premier est quand la cause pie se trouve substituée.

« L'héritier chargé en faveur de la cause » pieuse (dit Despeisses), ne peut pas faire » cette Quarte ». Il cite Bartole, Cappella Tholosanus, la décision 870 de la rote de Rome, Masuer, Guy-Pape, Gomèz, Tiraqueau, Covarruvias, Bugnyon, Fernand, Grassus, Cujas, Hotman, Barry; « et ainsi a été jugé » (continue-t-il) au parlement de Toulouse, » par arrêt prononcé en robes rouges, en » 1573, le 26 février 1575, et le 16 mars » 1586 ».

L'édit rendu pour la Provence, le 14 dé-

cembre 1456, est conforme à cette doctrine : « Ajoutant (porte-t-il) aux déclarations pré-» cédentes, que lesdites Quartes (falcidie et » trébellianique) cessent aux legs pies ».

Mais cette disposition et l'avis des docteurs qu'elle a confirmé, ne sont plus suivis en France par rapport aux héritiers qui ont droit de légitime : l'ordonnance de 1735 permet à ceux-ci de distraire la trébellianique des fidéicommis laissés à la cause pie, comme de ceux auxquels des particuliers se trouvent appelés. *V.* l'article *Quarte falcidie*, §. 2.

Le second cas est lorsque le fidéicommis est créé par un testament militaire.

La loi 92, D. *ad legem Falcidiam*, en contient une disposition très-précise : « Si un » soldat (dit-elle) a ordonné par son testa-» ment de vous restituer la moitié de son héré-» dité, et que, par un codicille fait après avoir » quitté le service, il ait chargé son héritier » de rendre l'autre moitié à Titius, vous et » Titius ne pourrez empêcher la distraction » de la Quarte, parceque le testateur est » mort dans un temps où son testament avait » perdu son privilége. Mais, s'il était décédé » dans l'année de sa retraite, vous ne souf-» fririez aucun retranchement; la portion de » Titius serait seule soumise à la Quarte, » parceque la restitution n'en a été ordonnée » en sa faveur que dans un temps où le tes-» tateur ne pouvait plus tester comme soldat, » *jure militari* ».

La loi 1, §. 6, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, paraît contraire à cette décision ; elle déclare que « le sénatus-consulte a » lieu même dans le testament que peut faire » un fils de famille de son pécule castrense » ou *quasi-castrense* ».

Mais, dit Despeisses, ce paragraphe « doit » être entendu du second chef dudit sénatus-» consulte, qui voulait que l'héritier chargé » du fidéicommis, qui refusait de prendre » l'hérédité, fût contraint à la prendre (§. 7, » Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*), » et non pas de l'autre chef dudit sénatus-» consulte, par lequel la distraction de ladite » Quarte était permise; tellement qu'en ce » cas, où n'a retenu dudit sénatus-consulte » que ce qui est simplement à l'avantage du » testateur ».

L'ordonnance de 1735 a fait, sur ce point, le même changement que sur les fidéicommis pieux. Elle a voulu que les substitutions écrites dans les testamens militaires, fussent sujettes, de la part des héritiers qui auraient droit de légitime, à la même distraction de trébellianique, que celles qui seraient ordonnées par des particuliers.

VIII. Voyons maintenant les cas où l'héritier grevé de fidéicommis, perd la trébellianique par son fait personnel.

1° Il en est privé, lorsqu'il n'a point fait inventaire.

C'est ce qui résulte de la novelle 1, chap. 2, §. 2 : *Si verò*, porte ce texte, *non fecerit inventarium secundùm hanc figuram, sicut prædiximus, non retinebit falcidiam, sed complebit legatarios et fideicommissarios, licet puræ substantiæ morientis transcendat legatorum datio.* On ne peut rien, comme on le voit, de plus énergique : l'héritier qui ne fait point inventaire, ne perd pas seulement le droit qu'il avait de distraire la falcidie sur les legs dont il est chargé; il faut encore qu'il rende aux fidéicommissaire tout ce qui est porté dans les dispositions faites en leur faveur : *complebit fideicommissarios.*

Il y a cinq arrêts du parlement de Paris, qui confirment cette décision. Le premier est du 1er juin 1596 ; on le trouve dans les *Réponses* de Charondas, liv. 13, chap. 68. Le deuxième a été rendu le 5 septembre 1598 ; il est rapporté par Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 4, n° 18. Le troisième est du 12 décembre 1598 ; il en est fait mention par Charondas, à l'endroit cité, et dans les *Actiones forenses* de Péléus, liv. 4, chap. 6. Le quatrième est intervenu le 2 janvier 1599; il est cité par Bouchel, en sa *Bibliothèque civile*, au mot *Trébellianique*. Le cinquième est inséré dans le recueil de Chenu, cent. 2, quest. 19, sous la date du 16 mars 1612.

Le conseil souverain de Brabant a, sur ce point, la même jurisprudence que le parlement de Paris. C'est ce que prouve un arrêt de révision, du 13 juillet 1659, qui est rapporté par Stokmans, §. 42.

Mais cette maxime n'est pas observée partout.

L'édit donné pour la Provence, le 14 décembre 1456, y déroge formellement : « Il y a » (porte-t-il) une grande dispute ès-juge-» mens et grande difficulté entre les juges, » si l'héritier institué par le testateur ne » fait aucun inventaire, savoir, par cette » omission, il doit perdre la trébellianique.... » Sur quoi, comme dessus, après y avoir » mûrement délibéré, nous ordonnons et » déclarons par ce notre édit perpétuel, que » l'héritier ne perdra ni ne devra perdre la » trébellianique, pour n'avoir point fait in-» ventaire; et que, nonobstant qu'il n'ait fait » inventaire, nous déclarons, par cette pré-» sente ordonnance, qu'il distraie, puisse » et doive distraire ladite trébellianique ».

Les gens du roi du parlement d'Aix ont

donné, le 19 juillet 1697, un acte de notoriété qui atteste l'exécution de cette loi : « Nous..(y est-il dit) certifions que, suivant » le statut particulier et l'usage du pays, les » héritiers grevés d'un fidéicommis univer- » sel, ne perdent pas leur Quarte trébellia- » nique ni leur légitime, pour avoir accepté » les hoiries chargées de pareils fidéicommis » purement et simplement, et sans recourir » au bénéfice d'inventaire ; et que, par cette » raison, le cas de restitution arrivant, ils » ont le droit de retenir ou de distraire sur » les biens du fidéicommis, non-seulement » lesdites Quartes trébellianique et légitime, » mais encore toutes les sommes qui leur » étaient dues par les testateurs, et toutes » celles qu'ils ont payées de leurs propres » deniers et effets aux créanciers, et à la » charge des hoiries, sans que les substi- » tués ni les autres créanciers du testateur » puissent empêcher lesdites distractions ».

Cette jurisprudence n'est pas particulière au parlement d'Aix.

Mynsigère, cent. 3, obs. 60, assure qu'elle était suivie de son temps par la chambre impériale de Spire.

On juge de même au parlement de Toulouse, comme l'atteste d'Olive, liv. 5, chap. 26 :

« C'est une question (dit-il) qui a formé divers partis parmi nos docteurs, savoir si l'héritier chargé de rendre l'héritage est privable de la trébellianique, pour n'avoir point fait d'inventaire ; mais enfin, après un grand conflit de raisons qui ont longuement balancé l'esprit des juges, l'opinion qui met l'héritier à couvert de cette peine, encore qu'il ne soit pas des descendans du testateur, a prévalu parmi nous ; car il n'a pas été trouvé juste ni convenable aux maximes de la vraie jurisprudence, d'étendre à la trébellianique la constitution de l'empereur Justinien, qui ne parle que de la falcidie, parceque c'est une loi pénale, et que les peines doivent être plutôt restraintes qu'étendues.

» C'est ainsi que cette question fut jugée au procès d'Arnaud Guibal et Jeanne Gombaude, à la deuxième des enquêtes, au rapport de M. Resseguier, le mardi 12 juin 1619 ; et le 12 février 1636, à la même chambre, au rapport de M. Lenoir, en la cause de Fonrniers et Lacams ».

Christin, tome 1, décis. 317, rapporte un arrêt semblable, rendu en révision, au grand conseil de Malines, le 21 janvier 1597.

Néostade, décis. 3, nous retrace fort au long une affaire dans laquelle le conseil souverain de Hollande en a décidé de même.

Barry, liv. 15, chap. 7, nº 4, prétend que la même chose a été jugée au parlement de Grenoble, en 1595.

Cependant Bretonnier, dans ses *Questions alphabétiques*, dit que cette cour distingue entre les enfans et les collatéraux ; qu'à l'égard des premiers, le défaut d'inventaire ne fait point perdre la trébellianique ; mais qu'il l'a fait perdre aux autres.

Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 11, déf. 23, et tit. 27, déf. 5, nous apprend que le sénat de Chambéry fait la même distinction.

Il paraît qu'elle est également reçue au parlement de Bordeaux. La Peyrère en rapporte un arrêt du 15 mai 1673, par lequel la trébellianique a été refusée à un héritier étranger qui n'avait point fait inventaire, et dit qu'il en a été rendu de contraires pour les enfans qui avaient également omis cette formalité.

2º L'héritier grevé qui, trouvant la succession onéreuse, refuse de l'accepter, et met le fidéicommissaire dans le cas de l'y faire contraindre par justice, ne peut pas distraire la Quarte trébellianique, quand même la succession serait solvable. C'est ce que portent la loi 4, le §. 4 de la loi 14, le §. 9 de la loi 16, la loi 66, *D. ad senatus-consultum Trebellianum*, la loi 4, C. du même titre, et le §. Inst. de *fideicommissariis hereditatibus*.

3º Si l'héritier était convaincu d'avoir employé des voies frauduleuses pour anéantir le fidéicommis dont il est chargé, comme d'avoir soustrait le testament du défunt, il serait privé de la trébellianique. La loi 59, *D. ad legem Falcidiam*, en contient une disposition expresse.

4º Il en est de même, suivant la loi 5, §. 19, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, de celui qui a accusé le testament de faux.

5º La loi 3, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, applique aussi cette disposition à celui qui empêche le testateur de changer son testament.

6º Le même texte en dit autant de l'héritier qui n'a pas poursuivi la punition du meurtrier du défunt.

7º Le §. 1 de la loi 59 que nous citons tout à l'heure, prive pareillement de la trébellianique, l'héritier qui s'est chargé confidenciellement de rendre la succession à une personne incapable de la recueillir.

La loi 23, D. *de his quæ ut indignis auferuntur*, décide également que l'héritier doit être privé de la falcidie, et par conséquent de la trébellianique, lorsqu'il est prouvé qu'il avait pris envers le testateur l'engagement de la faire passer à un incapable.

Mais suivant la loi 11 du même titre, l'héritier qui ne doit rendre à un incapable qu'une partie de l'hérédité, n'est pas privé de la trébellianique sur le restant qui se trouve substitué au profit d'une personne capable.

Dans ces cinq derniers cas, ce ne sont pas les fidéicommissaires qui profitent de la privation que les lois prononcent contre l'héritier; ces mêmes lois adjugent la Quarte au fisc.

Mais elles ne sont plus suivies en cela dans nos mœurs; parmi nous, le fisc est à cet égard représenté par les héritiers *ab intestat*. *V.* l'article *Quarte falcidie*, §. 3.

8° Il n'est point douteux que la renonciation de l'héritier à la trébellianique, ne lui ôte le droit de la distraire.

Cette renonciation est censée avoir eu lieu, quand l'héritier a restitué le fidéicommis sans retenir sa Quarte; on présume en ce cas, dit la loi 68, §. 1, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, qu'il a omis cette rétention, non par méprise, mais pour remplir à la lettre la disposition du testateur.

Si cependant il prouvait que cette omission n'a eu sa source que dans une erreur de fait, il n'en résulterait pour lui aucun préjudice, et le fidéicommissaire serait obligé de lui rendre sa Quarte. C'est ce qu'établissent la loi 21, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*; le §. 7, Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*, et la loi 9, C. *ad legem Falcidiam*.

Un arrêt du parlement de Grenoble, cité par Guy-Pape, quest. 427, a jugé qu'un fils n'était pas censé avoir renoncé à la trébellianique, pour avoir promis par serment de ne pas venir contre le testament de son père.

La renonciation que fait un héritier à la trébellianique, n'est pas considérée comme un acte d'aliénation véritable: la loi 5, §. 15, D. *de donationibus inter virum et uxorem*, en contient une preuve bien claire: elle décide qu'un mari grevé de fidéicommis en faveur de sa femme, peut, nonobstant la prohibition des avantages entre époux, lui restituer l'hérédité sans aucune distraction. Les termes de ce texte sont remarquables: *Magis pleniore officio fidei præstandæ functum maritum quàm donasse videri, quòd plerique magis fidem exsolvunt in hunc casum, quàm donant; nec de suo putant proficisci, quòd de alieno plenius restituunt, voluntatem defuncti secuti. Nec immeritò sæpè credimus aliquid defunctum voluisse, et tamen non rogasse.*

Les lois 19 et 20, D. *de his quæ in fraudem creditorum*, déclarent, d'après le même principe, que les créanciers d'un héritier grevé ne peuvent point attaquer sa renonciation à la trébellianique, comme faite en fraude de leurs créances.

Mais ces lois sont tombées dans une désuétude presque générale, et il passe aujourd'hui pour droit commun qu'un débiteur ne peut pas renoncer à la trébellianique, au préjudice de ses créanciers. Il y a dans le recueil de Robert, liv. 3, chap. 12, un arrêt du parlement de Paris, qui l'a ainsi jugé. *V.* l'article *Légitime*, sect. 3, §. 5.

§. V. *De la liquidation de la trébellianique.*

I. Nous avons déjà dit que la trébellianique est la quatrième partie, soit de l'hérédité, soit de la portion de l'hérédité, que le testateur a chargé son héritier de restituer.

Avant de régler cette Quarte, il faut prélever les dettes, les frais funéraires, et les légitimes des enfans; on doit même comprendre dans cette déduction ce qui était dû par le défunt à l'héritier grevé. Les lois 51, D. *ad senatus-consultum Trebellianum*, et 104, §. dernier, D. *de legatis* 3°, y sont formelles.

L'auteur des notes sur les actes de notoriété du parquet d'Aix, imprimés à Avignon en 1772, dit la même chose, et ajoute qu'il faut aussi distraire, au profit de l'héritier, « les dettes passives qui lui ont été remises » ou abandonnées par les créanciers, et celles » dont l'hoirie s'est affranchie par sa jouis- » sance ».

Cette déduction doit se faire réellement à l'égard des objets dont la succession se trouve déchargée au moment où le fidéicommis est restitué. Mais, par rapport à ceux dont elle n'est pas encore libérée à cette époque, on peut opérer de deux manières différentes, et qui cependant reviennent absolument au même. La première est de fournir à l'héritier sa Quarte entière sur les biens existant, sous la condition de supporter sa quote-part des charges qui restent à acquitter; la seconde est d'assigner au fidéicommissaire un fonds suffisant pour remplir ces charges, et de prendre la Quarte sur ce qui reste franc et net.

Ces deux manières d'opérer sont également en usage dans le ressort du parlement de Toulouse; et le président Maynard, liv. 5, chap. 55, assure que l'on y emploie tantôt l'une, tantôt l'autre.

La première est cependant la plus conforme au texte littéral des lois romaines. « Lorsque » l'héritier a été prié de rendre l'hérédité, » en retenant sa Quarte, et qu'il la rend en » conséquence, les actions passives se divi- » sent; il en passe trois quarts sur la tête du

» fidéicommissaire, et l'autre quart demeure » sur celle de l'héritier ». Ainsi s'exprime Justinien dans ses Institutes, §. 9, *de fideicommissariis hereditatibus.*

Il est un cas où la déduction dont il s'agit, ne se fait ni réellement ni fictivement : c'est lorsque le testateur a lui-même assigné à l'héritier une chose particulière pour sa Quarte. Le texte que nous venons de citer, porte qu'en ce cas, la somme ou l'effet qui est la matière de cet assignat, appartient à l'héritier à titre de legs, et n'est soumis à aucune contribution pour le paiement des sommes héréditaires.

II. Pour déterminer le montant de la trébellianique, doit-on comprendre, dans l'hérédité sujette à la restitution, les legs particuliers que le testateur a faits ?

Cette question est traitée avec autant d'érudition que de sagacité par le savant et subtil Duperrier.

Il commence par témoigner son étonnement de trouver les lois romaines tout-à-fait muettes sur un objet aussi important et d'un usage aussi ordinaire; cherchant ensuite la cause de ce silence, il s'explique en ces termes :

« Il est certain que tout héritier doit avoir le quart de tout ce dont le testateur dispose, ou par legs en vertu de la falcidie, ou par fidéicommis universel en vertu de la Quarte pégasienne ou trébellianique; en sorte qu'il n'était pas au pouvoir du testateur de l'empêcher. (Loi 1, D. *ad legem Falcidiam; loi* 1, §. *indè Neratius*, D. *ad Trebellianum*). Et quand l'effet de la disposition du testateur était suspendu par l'incertitude d'une condition ou d'un terme, le droit de l'héritier, aussi bien que celui du légataire et du fidéicommis, était assuré par une caution ou stipulation. (Loi 1, §. *si legata*, D. *si cui plus quàm per legem falcidiam*; loi *ità tamen*, §. *heres ex asse*, D. *ad Trebellianum*).

» Et partant, jamais on ne pouvait rencontrer ce point de décision, savoir si, en liquidant la trébellianique, il fallait premièrement distraire les legs; car l'héritier prenant sa Quarte falcidie sur les legs, il ne pouvait prétendre à la trébellianique que sur le restant de l'héritage qui composait le fidéicommis universel; et ainsi l'héritier avait véritablement sa Quarte sans distraire les legs; mais c'était aux dépens des légataires, et le fidéicommissaire ne souffrait la Quarte que sur les biens du fidéicommis ».

Duperrier appuie cette assertion sur les lois 2 et 4, D. *ad Trebellianum;* il présente la véritable espèce de chacun de ces textes, et prouve démonstrativement qu'ils ne sont contraires, ni par la loi 1, C. *ad Trebellianum,* ni par la loi 93, D. *ad legem Falcidiam.*

Il ajoute « qu'on ne saurait trouver dans » tout le droit aucune différence, pour ce » sujet, entre le fidéicommis pur et simple et » le conditionnel..... Il y a un exemple » dans la loi *ità tamen*, §. *heres ex asse*, D. » *ad Trebellianum*, où il s'agit d'un fidéi- » commis pur et simple pour la moitié des » biens, et pour l'autre moitié, après la mort » de l'héritier; et cependant le jurisconsulte » dit que le cas de cette dernière partie » arrivant, l'héritier doit prendre sa Quarte » pour le total sur les légataires comme sur » le fidéicommissaire ».

Après avoir ainsi exposé le véritable esprit du droit romain sur cette matière, Duperrier observe qu'un usage aussi ancien qu'universel empêche aujourd'hui l'héritier grevé de fidéicommis de prendre la Quarte des legs sur les légataires. C'est en effet ce qu'attestent Bartole sur la loi 3, §. *idem Pomponius*, D. *ad Trebellianum;* Paul de Castro, sur la loi 2 du même titre; Peregrini, *de fideicommissis*, art. 4, n° 40, et une foule d'autres auteurs de tous les pays.

« Cet usage (continue Duperrier) ayant force de loi, et l'héritier ne pouvant plus prendre la Quarte des legs sur les légataires, il semble qu'il doit la prendre sur le fidéicommis; autrement il paierait en effet le quart des legs, si la Quarte est d'autant retranchée; et les legs sont à la charge du fidéicommissaire seul, et non pas de l'héritier, selon le sentiment de la plupart des interprètes....

» Mais on répond à cela 1° que, si l'usage a prévalu à la loi, et a privé par erreur l'héritier grevé du retranchement qu'il avait droit de faire sur les legs, c'est à lui de souffrir l'injure que l'erreur et la coutume ont voulu faire;

» 2° Que cette erreur a commencé vraisemblablement par la faute des héritiers, qui, n'étant chargés d'un fidéicommis que sous une condition incertaine et qui ne pouvait avoir effet qu'après leur mort, n'ont pas eu soin d'exiger des légataires une promesse et une caution de rendre le quart, si la condition arrivait; et leur faute ne doit pas nuire au fidéicommis, outre que l'héritier est en quelque façon indemnisé par la jouissance qu'il a des biens pendant toute sa vie, et que l'intention véritable de la loi a été que le fidéicommis ne souffrit la Quarte, le l'héritier que selon la nature de la trébellianique ou pégasienne, c'est-à-dire, sur les biens fidéi-

commis les seulement; et il ne serait pas moins injuste de faire payer au fidéicommissaire, tant la Quarte des legs que celle des dettes passives, puisque les uns et les autres sont charges héréditaires, *cùm legatum sit donatio à testatore facta et ab herede præstanda*, et que toutes les charges héréditaires sont rejetées à proportion sur l'héritier et sur le fidéicommissaire, par le sénatus-consulte pégasien. (Inst. *de fideicommissariis hereditatibus*, §. 5) ».

Duperrier remarque ensuite que Cujas et Hotman sont directement opposés l'un à l'autre sur la question qu'il agite.

« Néanmoins, (dit-il) on peut les accorder, en avouant que la doctrine de Cujas est véritable, selon la disposition du droit ancien, qui décharge entièrement l'héritier des legs, lui en attribuant la Quarte falcidie, et que celle d'Hotman, qui tient que l'héritier est contribuable aux legs, est véritable, selon le droit nouveau établi du parlement d'Aix, qui l'a ainsi jugé par trois arrêts en trois procès, où j'avais soutenu cette même opinion.

» Le premier fut donné au rapport de M. Séguiron, en faveur du baron Faverge, du Dauphiné, contre le sieur conseiller de Bouchages, et plusieurs autres possesseurs des biens fidéicommissés.

» Le deuxième en faveur du sieur marquis de Bressieux, contre la comtesse de Rochefort.

» Et le dernier, au profit de Jeanne et Jacquette Dégniers, de la ville de Toulouse, contre François Durant, prêtre de la même ville, et le curateur de la discussion des biens de Jean et Antoine Dégniers, le 30 juin 1653, au rapport de M. Sigoyer (1); et par conséquent cette question n'est plus en dispute en cette province, nonobstant le sentiment d'Antonius Faber (le président Favre), qui, au chap. 10 de la décade 11 *de erroribus pragmaticorum*, a soutenu que la Quarte de l'héritier doit être prise, aussi bien pour les legs que pour le fidéicommis, sur le fidéicommissaire, quand le testateur l'a chargé du paiement des legs, et qu'elle ne doit se prendre sur les legs que lorsque le paiement en est rejeté par le testateur sur l'héritier, qui était aussi l'opinion d'Antonius Goveanus, à ce que dit Faber, *lib.* 4, *conject. cap.* 4.

» Et toutefois la loi 2, D. *ad Trebellianum*, dit expressément le contraire; car, après avoir dit qu'en l'espèce dont elle parle, le testateur est censé avoir chargé le fidéicommis des legs, elle décide que la Quarte doit se prendre sur lesdits legs en faveur de l'héritier, s'il accepte l'héritage, ou en faveur du fidéicommissaire, s'il le refuse.

» Et ce qu'on pourrait alléguer pour soutenir ce sentiment, que le fidéicommissaire étant chargé de legs, il ne peut pas être chargé de la falcidie, parcequ'elle ne peut jamais compéter au fidéicommissaire (*lex falcidia*, §. *nunquàm*, D. *ad legem Falcidiam*), ne peut pas être mis en considération; car outre que cette règle n'a pas lieu dans l'espèce de cette loi, encore que le fidéicommissaire soit chargé des legs, la falcidie ne laisse pas d'appartenir à l'héritier sur lesdits legs, et notamment quand le fidéicommis est accompagné d'une condition ou d'un terme; puisqu'il faut qu'il soit cependant payé par l'héritier aux dépens de l'héritage; et en les payant, il a droit de prendre la falcidie, ou d'en exiger une caution pour en être payé, le cas du fidéicommis arrivant; et de fait, le même auteur, en ses *conjectures*, lib. 3, *cap.* 4, tient qu'au cas du §. *idem Pomponius* de la loi 3, D. *ad Trebellianum*, où l'héritier est chargé d'un fidéicommis *deductis legatis*, les legs sont aussi bien rejetés sur le fidéicommissaire, comme en l'espèce de la loi 2; et partant de ce §. *idem Pomponius*, le jurisconsulte dit, en termes exprès, que l'héritier doit prendre sa Quarte, tant sur les legs que sur le fidéicommis.

» Aussi est-il remarquable que ce grand homme, pour subtiliser, est tombé dans une contradiction apparente; car en ses *conjectures*, il dit qu'en ces deux espèces de la loi 2 et du §. *idem Pomponius*, les legs sont rejetés sur le fidéicommissaire; et, dans ses *erreurs*, il dit au contraire qu'au §. *idem Pomponius*, la charge des legs est sur l'héritier, par ces mots, *deductis legatis*, sans considérer que, si cela était, il n'y aurait point de différence entre le cas de ce paragraphe et celui du précédent, contre l'intention évidente du jurisconsulte, qui, en ces deux lois, a décidé trois questions différentes, comme il a été marqué ci-dessus ».

Après avoir ainsi établi que les principes de la jurisprudence actuelle s'opposent à ce que la Quarte de l'héritier grevé se prenne à la fois sur le fidéicommis universel et sur les legs purs et simples dont il est chargé, Duperrier élève une autre question, et demande s'il doit en être de même à l'égard des legs conditionnels, c'est-à-dire, des legs que

(1) Il y a aussi dans le recueil de la Peyrère, un arrêt du parlement de Bordeaux, du 18 août 1725, qui juge que la trébellianique ne peut se prendre que sur ce qui reste de l'hérédité, après la déduction des dettes et des legs.

le testateur a fait dépendre de l'événement du fidéicommis, et qui ne sont payables qu'à son terme. Voici ce qu'il répond : « Comme il » arrive souvent que le testateur faisant un » fidéicommis conditionnel, fait aussi des » legs sous la même condition ou terme que » le fidéicommis; et qu'en ce cas, la restitu- » tion du fidéicommis et le paiement des legs » se font en même temps; il faut y observer » l'ancienne jurisprudence, suivant laquelle » l'héritier prend sa Quarte sur les legs aussi » bien que sur le fidéicommis, puisqu'en ce » point, l'usage n'a point dérogé à la disposi- » tion du droit ».

On voit que Duperrier se contente d'effleurer la question que nous venons de proposer d'après lui; il a cru apparemment que les principes qu'il venait de retracer, suffisaient pour la décider en faveur de l'héritier grevé.

« Cependant (observe La Touloubre, son additionnaire) il y a, parmi les auteurs, diversité d'opinions; ils conviennent tous que la décision dépend de l'éclaircissement de cette difficulté : les legs conditionnels sont-ils, comme les legs purs et simples, à la charge de l'héritier grevé, ou doivent-ils être payés par le substitué?

» Dans le premier cas, nul doute qu'ils ne doivent pas faire fonds dans la succession pour grossir la Quarte trébellianique, qui ne peut être prise que sur les biens que l'héritier est chargé de remettre au substitué.

» Dans le second cas, les legs étant rejetés sur le fidéicommis, et devant être pris par conséquent sur ce qui est restitué par l'héritier grevé, ils ne peuvent diminuer que le fidéicommis même, et non les droits de cet héritier sur les biens qu'il est obligé de rendre.

» Fusarius, dans son traité des substitutions, quest. 521, n° 2, examinant cette question, décide que c'est à l'héritier à payer les legs : *Quæro an legata sint præstanda ab herede, vel fideicommissario; et ab herede præsumi relicta volunt Bartolus, etc.; ampliatur etiam in legato relicto post mortem heredis.* Il cite plusieurs auteurs qui sont du même avis.

» Peregrinus, *de fideicommissis*, art. 4, n° 22, donne une décision contraire; *Cùm testator, post mortem heredis, substituit in toto, aut legata aut fideicommissa particularia relinquit, fideicommissario reliquisse videbitur, non ab herede defuncto, quia non entis nullæ sunt qualitates; ex facto, me patrocinante, fuit judicatum super fideicommisso Andreæ Copivaci ut ad onus fideicommissariorum videretur relictum ducatorum* 2000 *ad scriptum Samaritanæ ejus, quia collatum post mortem heredum; ac ideò judicatum fuit trebellianicam detrahendam esse de toto asse, inclusis etiam ducatis illis* 2000 *legatis; et illos à fideicommissariis integrè præstandos legatariis, et sic fuit executum.*

» Le parlement de Provence a adopté cette opinion par deux arrêts, l'un du 6 de juin 1671, rapporté par Julien dans ses collections manuscrites, sous le titre de *trebellianicâ*; tit. 2, et l'autre du 20 mars 1707, rendu dans les circonstances suivantes.

» Bonaventure Morel fit plusieurs legs purs et simples, institua héritière Marie Morel sa fille, à qui il substitua dans le cas où elle mourrait sans enfans, Joseph Morel son frère, et, à son défaut, ses enfans, et il ajouta des legs conditionnels en ces termes : *Et, arrivant que ladite substitution vienne à avoir lieu, en ce cas j'augmente les fonds et dotations desdites chapellenies, de* 900 *livres, pour chacune; comme aussi, audit cas, je lègue à Thérèse et Gabrielle Morel, mes sœurs,* 500 *livres à chacune; à l'hôpital du Saint-Esprit, à la Miséricorde, pareilles* 500 *livres; et à la maison du bon Pasteur,* 300 *livres payables lors dudit cas arrivé.* La substitution eut lieu par la profession religieuse de Marie Morel, qui institua héritiers Jean Bonaventure, Pierre et Jean-François Morel, ses cousins. Ils demandèrent la Quarte trébellianique sur la totalité de la succession recueillie par le substitué, sans distraction des legs conditionnels, soutenant qu'ils étaient à la charge de ce même substitué; et l'arrêt la leur adjugea ».

III. Une question non moins intéressante que celle dont nous venons de nous occuper, est de savoir si la trébellianique doit être distraite des biens donnés entre-vifs à l'héritier grevé, qui reviennent au fidéicommis, en conséquence d'une stipulation de retour faite par l'acte de donation au profit du donateur et de son héritier.

Nous avons le même avantage sur cette question que sur la précédente, c'est-à-dire que nous la trouvons encore traitée par Duperrier. Voici de quelle manière il en propose l'espèce :

« Le père mariant son fils, lui donne, en faveur de mariage tous ses biens présens et à venir, à l'exception de 300 livres qu'il se réserve pour en disposer à son plaisir, et à la charge qu'en cas de décès du donataire sans enfans, tous les biens donnés reviendront au donnant, s'il est en vie, ou à son héritier.

» Par son testament, le donnant, quelque temps après, institue héritier le donataire,

a-t-elle, en cas de décès sans enfans, il substitue son frère; et ce cas étant arrivé, on demande si l'héritier ou les créanciers du donataire peuvent distraire la trébellianique, non-seulement sur les 300 livres réservées, mais aussi sur les biens donnés ».

Cette espèce rentre parfaitement dans celle que rapporte Cancerius, dans ses résolutions diverses (*part.* 3, *cap.* 7, *de pactis*, n° 310): il y retrace un arrêt du sénat de Catalogne qui l'a jugée en faveur du substitué, et a restreint la trébellianique aux 300 livres; mais il combat cette décision, et prétend qu'elle est injuste. Duperrier, au contraire, soutient qu'elle est conforme aux vrais principes. Il faut l'entendre lui-même, voici comment il s'explique :

« La raison qu'allègue Cancerius contre ce jugement, est que la donation n'avait pas acquis irrévocablement les biens donnés au donataire, à cause que la condition du retour, en cas de décès sans enfans, tenait son droit en suspens et en incertitude, et que ce droit ayant été fortifié et affermi par un nouveau titre plus fort et plus puissant, qui est l'institution d'héritier contenue dans le testament du donnant, et qui, par-là, semblait avoir éteint cette condition, il a pu, en lui donnant un nouveau droit, le charger d'un fidéicommis, qui comprend les biens donnés.

» Mais ce raisonnement n'a rien de solide; il n'est pas vrai qu'en instituant héritier le donataire, il ait éteint la condition du retour, ni qu'il lui ait fortifié son titre et son pouvoir, en lui attribuant cette nouvelle qualité d'héritier, puisqu'il l'a accompagnée d'une pareille condition en le chargeant d'un fidéicommis en cas de mort sans enfans; car, comme en mourant sans enfans, sa donation était révoquée par la condition stipulée dans le contrat de mariage, il en est ainsi de la qualité d'héritier par le fidéicommis apposé au testament au même cas du décès sans enfans.

» La seconde objection de Cancerius est bien plus forte, savoir, que c'est en vertu du fidéicommis contenu au testament, que le substitué reçoit les biens donnés, puisque c'est en la seule qualité d'héritier qu'ils lui appartiennent, et que cette qualité ne lui appartient aussi qu'en force d'un fidéicommis; d'où il semble qu'on peut conclure que les biens donnés faisant partie du fidéicommis, ils sont sujets à la trébellianique, qui est une Quarte que l'héritier grevé doit prendre sur tous les biens et droits fidéicommissés, suivant la définition, ou plutôt la description de la trébellianique, *quæ est Quarta ejus quod per fideicommissum universale restituitur*, comme disent les docteurs rapportés par Peregrinus, *de fideicommissis*, art. 3, n° 2; ce qui est si véritable, que même, selon l'étroite disposition du droit, la trébellianique doit être prise sur chaque corps fidéicommissé, et non pas en gros, tout ainsi que la falcidie (loi *lineum margaritarum*, D. *ad legem falcidiam*), comme a observé Peregrinus au même lieu.

» Mais cette maxime, bien considérée, détruit le raisonnement et l'opinion de Cancerius; car il est vrai que les biens donnés ne parviennent au substitué qu'en qualité d'héritier, suivant la stipulation contenue dans la donation, et qu'il ne tient cette qualité que du testament et du fidéicommis : mais il n'est pourtant pas vrai que les biens donnés fassent partie du fidéicommis, et que le substitué les ait comme biens fidéicommissés, quoiqu'il les ait comme héritier; car c'est en vertu de la condition du retour apposée au contrat de mariage et à la donation, que les biens donnés reviennent à l'héritier; et on ne peut pas dire que l'héritier grevé les lui a restitués en force du fidéicommis dont il avait été chargé, mais seulement en force de la stipulation du droit de retour; et, puisque la trébellianique ne se prend que sur ce que le grevé restitue au substitué en force du fidéicommis (loi *Mulier*, §. dernier, D. *ad Trebellianum*), elle ne peut pas se distraire sur des biens qui n'ont jamais été fidéicommissés, et qui ne parviennent à l'héritier qu'en vertu d'un contrat ou d'une disposition entre-vifs, qui, selon la décision expresse de cette même loi, ne peut jamais donner lieu à la trébellianique.

» Cancerius ajoute, pour fortifier sa résolution, que les créanciers du donnant auraient droit de prendre leur paiement sur les biens donnés, pour les dettes même contractées après la donation; pour en inférer que ce n'est pas en vertu de cette donation que les biens sont acquis au donataire, qui, en ce cas, ne pourrait pas être tenu des dettes contractées après la donation.

» Mais cet argument n'est pas bon; car, si les biens donnés sont sujets au paiement des dettes postérieures à la donation, le droit de retour ayant lieu au profit du donnant ou de son héritier, c'est parceque l'héritier représente la personne du donnant, lequel, ayant obligé tous ses biens et droits présens et à venir à ses créanciers, et ce droit de retour étant compris en cette obligation générale; comme ils auraient droit de se payer sur les biens donnés, si le donnant eût survécu au donataire,

ils ont le même droit contre son héritier qui le représente; mais il est toujours vrai que c'est la condition stipulée dans l'acte de donation, qui lui acquiert les biens donnés.

» Enfin, ce testateur n'a ni voulu ni pu disposer de ce qu'il avait donné par un contrat irrévocable; il ne l'a pas voulu, puisqu'il ne l'a pas déclaré dans son testament, et que, suivant la loi *sequens quæstio*, D. *de legatis* 2°, la loi ne présume pas que le donnant ait voulu ajouter un fidéicommis à la donation par son testament, s'il ne l'a déclaré en paroles expresses; et il ne l'a pas pu, s'agissant d'une donation stipulée dans un contrat qui ne peut point souffrir de changement, ni altération, ni condition, ni charge; (loi *perfecta donatio*, C. *de donationibus quæ sub modo*). Tout ce qu'il pouvait faire, c'était de se choisir pour héritier qui bon lui semblerait; en le choisissant, lui transmettre l'espérance du droit de retour, qui peut être considérée comme une espèce de fidéicommis; mais en un fidéicommis contractuel et en une simple donation entre-vifs, la trébellianique n'a pas lieu, et elle n'est connue qu'aux dernières dispositions qui contiennent un fidéicommis universel et de l'hoirie; en sorte que, parmi nous, elle n'a pas lieu, même aux institutions d'héritier stipulées dans un contrat de mariage.

» Il est vrai que, comme a observé le même auteur, le testateur pouvait choisir pour héritier pur et simple, et sans charge de fidéicommis, le donataire même, et en le faisant héritier, éteindre cette espèce de fidéicommis ou droit de retour dont il était grevé par la donation; ce qu'un simple électeur ne peut pas faire : mais on n'en peut tirer autre conséquence, sinon que c'est une faculté d'élection extraordinaire et anomale, qui néanmoins prend toujours sa force d'une donation entre-vifs, qui est une disposition qui ne peut jamais donner lieu à la trébellianique : *Ut trebelliano locus sit, non sufficit de hereditate esse, sed quasi heredem rogari oportet*, dit Ulpien *en la loi* 22, D. *ad Trebellianum* ».

IV. On a vu à l'article *Quarte falcidie*, qu'il faut, pour liquider la portion ainsi appelée, considérer les biens dans l'état où ils sont au moment de l'ouverture de la succession : en est-il de même à l'égard de la trébellianique?

Despeisses, Rousseaud de Lacombe et Serres soutiennent l'affirmative.

Mais la loi 58, §. 6, D. *ad Trebellianum*, nous paraît contraire à cette opinion : elle décide, à la vérité, que l'héritier grevé n'est pas responsable des pertes ou détériorations qui surviennent, pendant sa jouissance, dans les choses héréditaires; mais elle ajoute que cependant il en résulte une diminution réelle pour la Quarte qu'il a droit de retenir. *Denique nec periculum mancipiorum aut urbanorum prædiorum præstare cogitur; sed nihilominùs usus et casus eorum quadrantem quoque diminuit.*

V. Il nous reste à examiner quelles imputations l'héritier doit souffrir par rapport à sa trébellianique.

Les règles que nous avons établies à cet égard pour la falcidie, ne peuvent pas recevoir ici d'application; et l'on peut juger, en les rapprochant de ce que nous allons dire, de la différence que les lois ont mise sur ce point entre l'une et l'autre Quartes.

VI. La règle générale est qu'on impute dans la trébellianique tout ce que l'héritier grevé reçoit de la dernière volonté du testateur. La loi 22, §. 2, D. *ad Trebellianum*, en décidant que certains objets dont on parlera ci-après, sont soumis à l'imputation, n'en donne point d'autre raison, si ce n'est qu'ils sont parvenus à l'héritier en vertu des dispositions du défunt.

Ainsi, l'héritier doit imputer dans sa trébellianique, les legs, les fidéicommis particuliers, les donations à cause de mort, qu'il tient de la libéralité du testateur. C'est ce que porte la loi 91, D. *ad legem Falcidiam*.

Nous conviendrons cependant que ce texte n'est pas sans obscurité, que peut-être même il a été altéré par des copistes ou des glossateurs ignorans, et qu'il a fait la matière des débats les plus vifs entre les interprètes. Mais aussi on ne peut nier qu'il n'établisse très-nettement une différence entre la falcidie et la trébellianique, relativement à la question de savoir si les libéralités particulières dont nous parlons, doivent être imputées dans l'une ou dans l'autre. Quoi de plus décisif en effet que ces paroles : *In Quartam hereditatis quam, per legem falcidiam, heres habere debet, imputantur res quas jure hereditario capit, non quas jure legati vel fideicommissi, vel implendæ conditionis causâ, accipit; nam hæc in Quartam non imputantur* (voilà pour la falcidie); *sed in fideicommissariâ hereditate restituendâ* (ceci regarde la trebellianique) *sive legatum, sive fideicommissum datum sit heredi, sive præcipere, vel deducere, vel retinere jussus est, in Quartam id ei imputatur.* On ne peut rien, comme on le voit, de plus positif.

Ce qui suit, est rempli d'obscurité et d'équivoques. Quelques auteurs y ajoutent, que-

ques autres en retranchent plus ou moins de terme; c'est même une question s'il faut les rapporter à la falcidie ou à la trébellianique; en un mot, on ne peut en tirer aucune conséquence certaine. C'est donc le cas de dire, avec Descartes, qu'il ne faut point nier ce qui est clair, quoiqu'il reste quelque obscurité dans les accessoires. La loi que nous venons de citer, soumet à l'imputation dans la trébellianique les legs et les fidéicommis particuliers que le testateur a laissés à son héritier: il n'en faut pas chercher davantage.

Rousseaud de Lacombe, dans sa *Jurisprudence civile*, aux mots *Quarte trébellianique*, sect. 2, n° 8, est tombé, sur ce point, dans une erreur manifeste.

« L'héritier à qui le testateur (dit-il) a laissé quelque chose de l'hérédité, exempte de restitution, doit la précompter en sa trébellianique, soit qu'elle lui ait été laissée à titre héréditaire ou de legs, ou de fidéicommis. (*Loi* 91 *ad legem Falcidiam*). Mais, s'il a reçu partie à titre héréditaire, et partie à titre de legs ou fidéicommis, il n'est obligé d'imputer en sa Quarte que ce qu'il a eu à titre héréditaire. (*Même loi* 91).

» Ainsi l'héritier qui prend la chose qui lui a été léguée par le prélegs, à titre héréditaire pour la portion en laquelle il est institué, et à titre de legs pour la portion de l'hérédité qui appartient à son co-héritier, n'impute en la trébellianique que ce qu'il prend par droit d'institution. (*Même loi* 91; *loi* 24, C. *familiæ erciscundæ*). Au lieu que, quand la chose léguée n'est pas héréditaire, l'héritier qui la prend toute à titre de legs, est obligé de l'imputer en la trébellianique ».

On sent, du premier coup d'œil, la contradiction qui règne dans cette doctrine. Quoi! une chose que l'héritier prend tout entière à titre de legs, est sujette à l'imputation dans toute son intégrité, et une chose dont il prend la moitié à titre de legs, et l'autre moitié à titre d'institution, en serait exempte pour la première partie! Quelle serait donc la raison de cette différence? Et n'est-il pas au contraire de principe, qu'on doit, toutes proportions gardées, raisonner à l'égard de la partie comme à l'égard du tout?

En vain Rousseaud de Lacombe se prévaut-il de la loi 91, D. *ad legem Falcidiam*, et de la loi 24, C. *Familiæ erciscundæ*.

La première ne peut être ici d'aucune autorité nous en avons dit la raison; et le président Favre (1) démontre invinciblement que le passage relatif à la distinction dont il s'agit ici, a été corrompu.

Quant à la seconde, il suffit de l'examiner avec attention, pour se convaincre qu'elle n'a aucune espèce de rapport avec le système auquel on voudrait la faire servir d'appui. En voici les termes: *Filium quem habentem fundum, portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit testator: post ejus conditionis eventum, hereditariâ parte prædii in Quartæ ratione retentâ, compensato prætereà quod à coheredibus vice mutuâ percepit, et si quid deest in supplementum deducto, quod à cæteris in eo fundo solvitur, suprà Quartam habens, reddere compellitur.*

Ce texte a embarrassé tous les interprètes; et le président Favre (à l'endroit cité, chap. 3) est, parmi les modernes, le seul qui l'ait bien entendu. Pour suivre aisément son explication, il faut commencer avec lui par fixer le sens des mots *habentem fundum*.

Presque tous les auteurs les entendaient d'un fonds que le testateur avait prélégué à son fils; ce magistrat réfute victorieusement cette interprétation, et fait voir que la loi ne désigne par ces termes, qu'un bien fonds que le père avait confié de son vivant à son fils, pour lui tenir lieu de pécule profectice, et qui, par cette raison, appartenait vraiment au père même, et devait, à sa mort, retomber dans la masse de la succession. *In hujus loci explicatione*, dit-il, *refutanda primùm nobis est eorum sententia qui fundum de quo agitur, prælegatum fuisse interpretantur, itemque aliorum qui filium de restituendâ suâ hereditatis portione rogatum, fundum ex eâ retinere jussum esse ponunt. Nam verba illa*, habentem fundum, *nescio quid aliud præ se ferunt: et si fundus aut prælegatus, aut retineri jussus proponeretur, falsum esset quod lex ait eas partes fundi, quæ à coheredibus percipiuntur, quibus nihil vicissim filius præstat, restituendas esse. Sive enim ità intelligas, ut pro iis partibus fundus veniat in restitutionem hereditatis, falsum est illam prælegati partem quæ jure legati capitur, in restitutionem venire;* l. 38, ult. D. ad S. C. Trebell. *Sive, quod probabilius est, eam legis sententiam esse putes ut judicio familiæ erciscundæ partes restituantur, certum est ad arbitri familiæ erciscundæ officium pertinere ut, ex voluntate defuncti, prælegata et retentiones integras ei adjudicet servetque præcipuas cui testator dedit.* L. 25. D. l. cùm l. seq. L. 42, D. famil. ercisc. l. 77, de leg. 2. *Verius igitur est quod jam olim plerique ex interpre-*

(1) *Conjectur., lib.* 6, *cap.* 6.

tibus tradiderunt, filium qui de hereditatis parte restituendâ rogatus proponitur, neque prælegati, neque retentionis jure, sed in peculio habuisse fundum, de quo disputamus. Quidquid enim vivo patre filius habet, id, si aliud non appareat, ex causâ peculii habere eum necesse est. Certum autem est peculia liberorum, post mortem patris, in hereditatem dividendam ac communionem esse revocanda. L. *certum*, 13, *C. famil. ercis.*

Cela posé, il est clair que la question sur laquelle a été porté le rescrit qui forme la loi dont il s'agit, consistait uniquement à savoir de quelle manière devait être partagé le fonds péculiaire entre tous les co-héritiers, et comment devait être liquidée la Quarte trébellianique qui appartenait au fils chargé de fidéicommis. Il paraît, par le texte même dont il s'agit, que, dans l'espèce sur laquelle les empereurs étaient consultés, il y avait sept héritiers institués, et que l'un deux, fils du testateur, était grevé de substitution en faveur de ses frères et de deux étrangers. Cette observation, dit le président Favre, n'est point nouvelle; Arnaldus Ferrerius l'a faite avant nous. Voici donc, continue-t-il, comment il faut poser l'espèce de cette loi. Un testateur ayant pour tout patrimoine, sept cents écus, y compris un fonds de vingt-huit écus qu'il avait donné à Titius, l'un de ses fils, pour lui servir de pécule, fait son testament; et par cet acte, institue sept héritiers : savoir, Titus, Licius et Sempronius, ses trois enfans; Caïus, Mévius, Seïus et Cornélius, étrangers. Il charge conditionellement Titius, entre les mains de qui se trouve le fonds péculiaire, *filium quem habentem fundum*, de restituer sa portion d'hérédité à ses deux frères Lucius et Sempronius, et à deux des co-héritiers étrangers, tels que Caïus et Mévius : *portionem hereditatis fratribus et quibusdam aliis sub conditione verbis precariis restituere sanxit.* Il ne parle point du fonds péculiaire, et par conséquent nul doute que ce bien ne doive entrer dans le partage de la succession entre tous les co-institués. La condition arrive, *post ejus eventum* : il s'agit de procéder à la liquidation de la trébellianique de Titius. D'abord, il est constant qu'elle doit être de vingt-cinq écus, puisque la portion héréditaire de Titius est de cent. Pour parvenir à cette liquidation, il faut, en premier lieu, imputer dans la quarte, la septième partie du fonds péculiaire, que Titius a prise, ou plutôt a retenue, par droit successif : *hereditariâ parte prædii in Quartæ ratione retentâ.* Cette première opération donnera quatre écus; on compensera ensuite les portions du même bien qui sont dévolues héréditairement aux quatre fidéicommissaires Lucius, Sempronius, Caïus et Mévius, avec celles que Titius est chargé de leur rendre à titre de fidéicommis : *compensato prætereà quod à cohæredibus vice mutuâ percepit.* Cette seconde opération procurera à Titius la faculté de retenir quatre septièmes du fonds péculiaire, lesquels, joints au septième qu'il a pris par droit héréditaire, font pour sa Quarte un à-compte de vingt écus. Cette somme ne complétant pas encore la trébellianique, il distraira le surplus de la portion d'hérédité qu'il est obligé de restituer, *et si quid deest in supplementum deducto* : et, après avoir ainsi formé la Quarte par trois voies différentes, qui sont la rétention, la compensation et la distraction, il remettra aux deux co-héritiers, envers lesquels il n'est point grevé de fidéicommis, ce qu'il aura pris dans le fonds péculiaire au-dessus de cette même Quarte : *quod cæteri, in eo fundo solvitur, suprà Quartam habens reddere compellitur.*

VII. La loi 3, §. 3, D. *ad Trebellianum*, porte qu'on doit imputer dans la Quarte de l'héritier grevé, les choses qu'il a aliénées au préjudice du fidéicommis ; *Res quæ ab herede alienatæ sunt in Quartam imputantur heredi.*

« Mais cette loi (dit Despeisses) a lieu seulement lorsque le substitué consent à cette » imputation, ou que les biens aliénés ne sont » pas des plus spécieux de l'hérédité ».

La raison en est, suivant le même auteur, que cette Quarte « ne doit pas être prise des » biens les plus spécieux de l'hérédité; ainsi, » le juge qui peut assigner sur certaines choses » la trébellianique, laquelle est due de chaque » chose de l'hérédité..., ne doit pas l'assigner » sur les biens les plus spécieux de l'hérédité, » bien que l'héritier les ait aliénés (Guy-» Pape, quest. 605, 606 et 608); et ainsi a » été jugé au parlement de Toulouse (May-» nard, liv. 6, chap. 12) ».

VIII. Les fruits que l'héritier grevé perçoit dans l'intervalle de l'échéance du fidéicommis à la restitution effective qu'il en fait, ou que l'on veut, à la demande en délivrance qui en est formée contre lui, doivent-ils être imputés dans sa trébellianique ?

La loi 22, §. 2, D. *ad Trebellianum*, répond qu'ils ne doivent pas l'être, parceque, si l'héritier profite en cela de quelque chose, ce n'est point par la volonté du testateur, mais par un effet de la négligence du substitué : *Si hæres, post multum temporis, resti-*

tuat, cùm præsenti die fideicommissum sit, deductâ Quartâ, restituet; fructus enim qui percepti sunt, negligentiâ petentis, non judicio defuncti, percepti videntur.

Despeisses prétend que cette décision ne doit pas être suivie dans nos mœurs. Cependant il convient lui-même que tout « ce que » l'héritier a reçu d'ailleurs que par testa- » ment, ne doit pas être imputé dans la tré- » bellianique; et qu'ainsi, l'héritier n'impute » pas ce qu'il a gagné par pacte ou statuts à » l'occasion du prédécès du défunt, ni pareil- » lement la fille, la dot que son père lui avait » donnée entre-vifs ».

Ce principe amène nécessairement la conséquence que nous trouvons écrite dans la loi 22, §. 2, D. *ad Trebellianum*; et l'on ne conçoit pas comment Despeisses a pu adopter l'un, et rejeter l'autre.

En vain oppose-t-il à la loi dont il s'agit, le chapitre *Raynutius*, aux décrétales, *de testamentis*; le second de ces textes ne fait que confirmer le premier. Il porte, à la vérité, qu'on doit imputer dans la trébellianique les fruits que le grevé et ses héritiers ont perçus après l'ouverture du fidéicommis; mais il borne expressément sa disposition aux fruits perçus depuis la demande judiciaire formée par le substitué; et, par conséquent il en exclud ceux dont la perception a été faite dans l'intervalle de l'ouverture du fidéicommis à cette demande: *In eo verò*, ce sont ses termes, *quod Quartam per trebellianum idem judex censuit retinendam, sententiam confirmavit, ejusdem ità videlicet quod fructus de bonis ipsius quos* A TEMPORE LITIS CONTESTATÆ *percepit, prædictis P.... et filiis ejus post mortem jectæ, computentur in eâ.*

La chose est d'ailleurs d'autant plus certaine, que le substitué n'a droit aux fruits et n'en peut prétendre la restitution, que du jour de l'acte par lequel on lui a fait délivrance du fidéicommis, ou de la demande qu'il a formée à cet effet. C'est la disposition de l'ordonnance de 1747, tit. 1, art. 40, et elle est conforme aux véritables maximes. Dès-lors, il faut regarder le gain que fait le grevé des fruits perçus après l'ouverture et avant la demande du fidéicommis, comme un profit purement accidentel, et par cela seul exempt de l'imputation. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du sénat de Chambéry, du 8 mars 1591, rapporté par le président Favre.

[[*V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 1, n° 12.]]

IX. A l'égard des fruits que l'héritier a perçus depuis la mort du testateur jusqu'à l'ouverture de la substitution, il est constant, en général, qu'ils doivent être imputés dans la trébellianique. La loi 22, §. 2, D. *ad Trebellianum*, le décide ainsi, par la raison que la volonté du testateur est le vrai titre en vertu duquel l'héritier les a fait siens. *Nam fructus qui medio tempore percepti sunt, ex judicio testantis perceptis videntur.* La loi 18, §. 1, du même titre, et la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, contiennent absolument la même disposition. C'est aussi ce qu'a jugé un arrêt du parlement de Toulouse, rendu le 18 septembre 1590, contre une femme grevée de substitution au profit d'un neveu de son mari; il en est intervenu un semblable au parlement de Bordeaux, le 15 décembre de la même année, contre un frère chargé de fidéicommis par son frère. Le premier est rapporté par La Roche-Flavin, et le second par Automne. On en trouvera ci-après plusieurs autres qui ont décidé la même chose.

Mais ceci ne doit être entendu que des fruits perçus sur les trois quarts de l'hérédité ou de la portion d'hérédité sujette à restitution; ceux du Quart retenu par l'héritier à titre de trébellianique, ne doivent jamais entrer dans l'imputation, parceque, comme le remarque Duperrier, « l'héritier grevé » doit avoir sa Quarte trébellianique à l'ins- » tant de la mort du testateur, et, par consé- » quent, il doit, dès ce même instant, avoir » les fruits de cette Quarte, tout de même » qu'il la prendrait et la distrairait de l'héri- » tage à l'instant du décès, si le fidéicommis » était pur et simple, sans condition et sans » termes ». Telle est d'ailleurs la décision expresse de la loi 15, §. 6, *ad legem Falcidiam*, au Digeste: *fructus prædiorum sub conditione verbis fideicommissis relictos, in causam fideicommissi non deductos, heres in ratione falcidiæ sic accepto facere sibi cogitur, ut Quartam et Quartæ fructus ex die mortis bonorum quæ mortis tempore fuerunt, habeat. Nec ad rem pertinet quandò falcidia lex admissa sit: nam, etsi maximè post impletam conditionem fideicommissum locum habere cœpit, tamen ex die mortis fructus quadrantis apud heredem relinqui necesse est.*

X. Comme il serait très-difficile de déterminer, après une longue jouissance, le montant exact des fruits perçus par l'héritier grevé, et qu'il faudrait pour cela lui faire rendre un compte qui entraînerait toujours des contestations innombrables, les auteurs ont établi pour règle générale, que les fruits

seraient considérés, par rapport aux biens comme des intérêts au denier vingt.

Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 27, déf. 13, conclud de là qu'une jouissance de cinq années consume la trébellianique. Les fruits, dit-il, estimés sur le pied qu'on vient de dire, égalent, au bout de vingt ans, la valeur de l'hérédité entière: or, le quart de vingt ans est cinq ans; donc une jouissance de cinq ans équivaut, en estimation, au quart des fonds héréditaires.

Cette conséquence est critiquée par Barry, liv. 15, tit. 6; par Peregrini, *de fideicommissis*, art. 49, n° 53; par le président Favre lui-même, *de erroribus pragmaticorum*, décade 11; par Despeisses, tome 1, page 350; et par Duperrier, *Questions de droit*, tome 4, quest. 5.

L'erreur du président Favre, dans son Code, vient de ce qu'il met en ligne de compte les fruits que l'héritier a perçus de toute l'hérédité, tandis qu'il n'est obligé, comme on vient de l'établir, qu'à l'imputation de ceux qu'il a tirés des trois quarts.

« En comptant (dit Duperrier) le temps que l'héritier a joui des fruits depuis le décès du testateur, il ne faut compter que les fruits des trois quarts restans des biens de l'héritage, et non pas ceux du quart qui lui appartiennent pour sa trébellianique, puisqu'ils lui sont acquis aussi bien que le capital.

» Or, en faisant le compte de cette façon, et imputant à la trébellianique les fruits des trois quarts du bien, depuis le jour du décès du testateur, il faut, pour absorber et consumer entièrement la Quarte trébellianique, six ans et huit mois. Car, par exemple, si l'héritage consiste en deux cents écus, qui rendent, à raison de cinq pour cent, tous les ans dix écus, et que l'héritier ait vécu vingt ans seulement, les fruits ou intérêts de cet intervalle de temps, à raison de cinq pour cent, monteraient véritablement à cinquante écus, qui absorberaient toute la trébellianique, en faisant le compte sur la somme totale de deux cents écus; mais, de cette façon, il ne jouirait pas des fruits de sa trébellianique durant ce même espace de temps; et toutefois la loi a décidé qu'il devait avoir sa trébellianique, avec les fruits, depuis le jour du décès du testateur.... Et partant, en faisant cette imputation, il faut séparer de l'héritage la somme de cinquante écus, à laquelle revient la trébellianique, et les fruits ou intérêts de ladite somme, et mettre seulement en compte les intérêts des 450 livres restantes, qui, pour cinq années, reviennent à trente-sept écus trente sous; et par conséquent il lui est encore dû, pour remplir la trébellianique, douze écus trente sous, qui sont les intérêts de vingt mois de ladite somme de 450 livres qui composent les trois quarts de l'héritage; tellement que pour consumer la trébellianique entière en fruits, il faut que l'héritier ait joui de tout l'héritage durant six ans et huit mois ».

L'usage d'estimer les fruits comme des intérêts au denier vingt, n'est point suivi au parlement de Toulouse.

Le président Maynard, liv. 5, chap. 65, dit que, suivant les arrêts de cette cour, il n'y a qu'une jouissance de vingt ans qui soit censée absorber la trébellianique, et que, si elle a duré moins, on doit faire une estimation exacte de ce que les fruits ont rapporté à l'héritier.

Mais il y a apparence que ce magistrat a mal pris le sens des arrêts dont il parle vaguement; car Catellan, liv. 2, chap. 29, assure que « c'est un usage constant dans le parlement de Toulouse, que l'héritier consume » sa Quarte trébellianique par la jouissance » de dix ans ».

L'arrêt de la même cour, que nous avons cité plus haut, sous la date du 18 septembre 1590, prouve encore que cette jouissance ne doit pas être de vingt ans; il a jugé qu'une femme grevée de fideïcommis au profit du neveu de son mari, avait consumé sa Quarte par les fruits qu'elle avait perçus dans un espace de treize à quatorze ans.

Catellan dit même avoir entendu citer un arrêt du 11 septembre 1676, comme ayant jugé que « la demoiselle Fuilla, » veuve et héritière de Jean Montanier, » chargée de rendre à ses enfans, avait » consumé sa Quarte, quoiqu'elle n'eût pas » joui dix ans entiers de l'hérédité. Mais » (continue ce magistrat) j'ai lu et examiné » cet arrêt, et trouvé qu'il ne juge point » cette question, mais seulement que cette » demoiselle Fuilla avait consumé sa Quarte » par la jouissance de dix ans qui se trouvaient révolus, à compter du jour du décès » de son mari, quoiqu'elle n'eût possédé » dix ans, depuis l'acceptation d'hér... » et le premier acte d'héritière. Cette acceptation ayant un effet rétroactif jusqu'au » jour du décès du testateur, donnait à cette » héritière un droit incontestable de percevoir tous les fruits de l'hérédité ».

Catellan nous apprend encore qu'on a douté, au parlement de Toulouse, « si la » Quarte qui est consumée par une jouissance

» de dix ans, est diminuée par une moindre » jouissance ; et si l'héritier qui a joui moins » de dix ans, doit imputer les fruits à pro- » portion du temps de sa jouissance ; en sorte » que, s'il a joui cinq ans, par exemple, il » a consumé la moitié de sa Quarte trebellia- » nique, et ainsi à proportion ».

L'affirmative paraissait ne devoir souffrir aucune difficulté ; cependant elle a trouvé des adversaires :

« Cette jouissance (disaient-ils) de dix ans est absolument nécessaire et indivisible, et qu'une moindre jouissance n'opère aucune imputation ; à l'exemple d'un acquéreur qui, ayant acheté un fonds, le complante en vignes, et qui n'est payé des frais du complantement, améliorations et réparations, s'il a joui pendant dix ans, et n'impute rien pour la jouissance d'un moindre temps qui ne l'empêche pas de demander les entiers frais du complantement et des améliorations.

» Mais (continue Catellan) cette question s'étant présentée au procès de Paul Lapra, et Françoise André, veuve et héritière de François Lapra, jugé le 14 février 1691, au rapport de M. Dalier, il fut conclu que l'héritier devait imputer sur sa Quarte une jouissance moindre que de dix ans. Ce cas est différent du cas d'un complantement, où celui qui répète les frais pour améliorer un fonds, est bien autrement favorable qu'un héritier qui demande un pur gain sur une hérédité qu'il est obligé de rendre ».

Védel a fait, sur cette partie de l'ouvrage de Catellan, des observations qui, en nous indiquant la source des arrêts par lesquels le parlement de Toulouse a réglé au terme de dix années le temps que doit jouir un héritier grevé, pour consumer en fruits toute la trebellianique, apportent en même temps à cette jurisprudence une restriction très-raisonnable et digne d'être accueillie dans tous les tribunaux de droit écrit.

Il remarque d'abord que la loi 22, §. *si heres*, D. *ad Trebellianum*, paraît faire dépendre d'une question de fait l'imputation que doit souffrir l'héritier grevé, des fruits perçus pendant sa jouissance. Voici, en effet, comment elle s'explique : *Tunc enim quod percipitur, submovet falcidiam, si tantum fuerit, quantum Quartam facit et Quartæ fructus.* On voit que ce texte ne fixe aucun terme à la jouissance de l'héritier, pour qu'elle soit réputée avoir absorbé la trébellianique. Mais, d'un autre côté, la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, décide qu'un héritier grevé qui a joui dix ans, ne peut plus prétendre sa Quarte, parceque les fruits qu'il a perçus, lui en tiennent lieu. « Cependant (dit Védel) on ne peut pas » dire que cette loi ait fixé à dix ans de » jouissance le temps nécessaire pour absor- » ber la Quarte avec ses fruits, puisque cet » espace de temps ne se rencontre dans » cette loi que (par les circonstances du fait) » *ex contingentiâ facti*, l'héritier grevé se » trouvant chargé de faire la restitution, » non à son décès, mais après dix années de » jouissance.

» C'est cependant sur cette loi que paraît fondé l'usage de la cour, de compenser la Quarte trébellianique avec cet espace de temps. Et, dans le fond, on peut en conclure que, si le jurisconsulte fait la compensation de la Quarte avec la jouissance de dix années, c'est parcequ'il a jugé cet espace de temps convenable et suffisant pour cela ».

Mais on ne peut disconvenir que cet espace ne soit quelquefois trop long pour remplir la Quarte, et qu'en calculant de la sorte, on ne donne souvent à l'héritier grevé, qui a joui moins de dix ans, une distraction plus forte qu'il n'a droit de prétendre dans l'exactitude des principes.

« Je crois donc (c'est encore Védel qui parle) qu'on pourrait prendre un tempérament pour conserver l'égalité et les droits de l'héritier grevé et du fidéicommissaire, en ordonnant une imputation de la Quarte sur la jouissance, non par rapport au temps déterminé de dix années, mais par mesure et compte des revenus, quand ils sont fixés et déterminés par des baux à ferme ; ce qui arrive ordinairement dans les successions des terres et seigneuries ;

» Que, si, au contraire, il n'y a rien de certain et de fixé par des baux à ferme, alors, *propter incertitudinem fructuum*, on peut s'en tenir au terme de dix années ; ce qui paraît conforme à l'esprit de la loi 8 déjà citée, dans laquelle le jurisconsulte n'aurait point, sans doute, rendu la même décision, si les revenus des biens ayant été certains par des baux à ferme, la jouissance de dix années eût excédé la Quarte et ses fruits, puisque la loi 22, *ad Trebellianum*, déjà citée, mesure l'imputation sur la quantité des fruits perçus. La loi 8, *de inofficioso testamento*, n'est fondée que sur une présomption de droit, à la faveur de laquelle on se porte à croire que le terme de dix années est nécessaire pour former une compensation de jouissance avec la Quarte : mais cette présomption peut, sans difficulté, être détruite par la preuve du fait

contraire, résultant des baux à ferme de la terre ou seigneurie ».

XI. La règle qui soumet les fruits à l'imputation dans la trébellianique, n'admettait anciennement aucune exception : nous voyons dans la loi 8, §. 11, D. *de inofficioso testamento*, qu'elle avait lieu, même à l'égard des enfans du premier degré chargés de fidéicommis par leur père ; mais la loi 6, C. *ad Trebellianum*, a introduit en leur faveur une exception particulière. L'empereur Zénon, qui en est l'auteur, y déclare que la trébellianique, dans les cas où elle sera due au fils du testateur, ne pourra plus, comme dans l'ancien droit, être compensée par les fruits que le grevé percevra pendant sa jouissance ; mais qu'elle sera remplie en corps héréditaires, quand même le testateur l'aurait défendu expressément : *Ut omnibus modis retentâ Quartâ pro auctoritate Trebelliani senatusconsulti non per imputationem redituum, licet hoc testatur rogaverit vel jusserit, sed de ipsis rebus hereditariis dodrans restituatur.*

Le motif de cette dérogation à l'ancienne jurisprudence, fut que la trébellianique tenait alors lieu de légitime aux enfans, et devait par conséquent en avoir les priviléges. [[*V.* l'article *Légitime*, sect. 8, §. 3, art. 1, nº 12.]]

De là naît la question de savoir si l'usage actuel, qui permet aux descendans de distraire à la fois une légitime et une trébellianique des biens grevés de fidéicommis dans leur personne, ne doit pas faire rentrer leur trébellianique dans sa condition primitive, et l'assujétir de nouveau à l'imputation des fruits.

L'affirmative paraît fondée sur le principe, *ratione legis cessante, cessat lex*. On n'a accordé à la trébellianique des enfans la faveur dont il s'agit, que parcequ'elle formait leur portion légitimaire : cette raison n'a plus lieu depuis que le chapitre *Raynutius* a introduit le concours des deux distractions ; la faveur doit donc absolument cesser. Ainsi raisonnent le président Favre, *de erroribus pragmat. decad.* 11, *error.* 5 ; Jean Dekerus, *dissert.* 1, nº 58 ; A. Sande, *decis. fris*, *lib.* 4, *lit.* 7, *def.* 5.

D'un autre côté, on dit, pour la négative, que l'introduction d'un nouveau privilége ne doit pas détruire l'ancien ; que ce principe est établi par la loi 11, D. *de senatoribus* ; qu'ainsi, le chapitre *Raynutius* n'a point dérogé à la loi 6, C. *ad Trebellianum* ; que cela est si vrai que, parlant de l'imputation des fruits dans la trébellianique due à un fils du testateur, il n'y soumet que ceux qui ont été perçus postérieurement à la demande en délivrance du fidéicommis ; que d'ailleurs la raison de la loi 6, C. *ad Trebellianum*, n'est pas seulement l'identité qu'il y avait, lorsqu'elle a été portée, entre la légitime et la trébellianique ; que le principal motif de cette loi a été la juste faveur que méritent les enfans, relativement à la succession de leur père ; que cette loi peut donc être regardée comme fondée sur deux raisons, et qu'il suffit qu'il en subsiste une, pour que la volonté du législateur continue de recevoir son exécution.

Cet avis l'a emporté sur le premier, et les partisans de celui-ci conviennent eux-mêmes que l'autre est universellement reçu dans la pratique. Le président Favre, dans son Code, liv. 6, tit. 27, déf. 4, atteste qu'il a été rendu au sénat de Chambéry plusieurs arrêts qui ont affranchi de l'imputation dans la trébellianique, tous les fruits que des enfans des testateurs avaient perçus pendant leur jouissance. A. Sande, à l'endroit cité, en rapporte deux semblables rendus au conseil souverain de Frise, les 20 décembre 1616 et 28 octobre 1635.

XII. Ce privilége est-il borné aux enfans du premier degré, ou appartient-il aussi aux petits-enfans ?

Il est certain que les petits-enfans n'y ont aucun droit à l'égard des fidéicommis dont ils sont chargés par leur aïeul, du vivant de leur père. Telle est, suivant le président Favre, la jurisprudence constante du sénat de Chambéry ; et c'est ce qui a été jugé au parlement de Toulouse, par un arrêt du 8 août 1592, qui est rapporté dans les notes de Ferrière sur Guy-Pape, quest. 51. Cela résulte d'ailleurs des propres termes de la loi 6, C. *ad Trebellianum* ; d'abord, elle ne parle que des fils et des filles, *filio seu filiâ, filiis vel filiabus* ; et elle finit par déclarer que sa disposition doit être strictement limitée aux personnes et aux cas qui y sont compris : *Illud etiam admonemus ea quæ de falcidiæ portione non per reditus, sed per ipsas res hereditarias retinendâ diximus, non ulteriùs quàm in his personis et casibus quorum superiùs mentio facta est, oportere produci.*

XIII. En serait-il de même dans le cas où les petits-enfans auraient perdu leur père avant leur aïeul ?

Cette question partage les opinions des jurisconsultes.

L'affirmative a pour sectateurs, Gail, liv. 2, obs. 133 ; Vivius, liv. 3, décis. 402 ; Sommeren *de repræsentatione*, chap. 6, nº 22 ; Barry, liv. 15, tit. 5, nº 6 ; Voët, sur le Digeste liv. 36, tit. 1, nº 61, etc. Et leur sentiment a été confirmé par un arrêt du conseil souve-

rain de Frise, du 20 décembre 1627, rapporté par A Sande, liv. 4, tit. 7, déf. 6. Duperrier (tome 2, page 349, édition de 1759) nous en fournit un semblable du parlement de Provence : « Il fut jugé (dit-il) par ledit arrêt, » que ledit Jean, petit-fils dudit Antoine, » qui était chargé d'un fidéicommis, n'avait » pu distraire que sa légitime, et non pas la » trébellianique, qui était consumée en fruits, » parceque ce n'était pas un enfant du pre- » mier degré, quoique ledit André, son père, » fût prédécédé lorsque le testateur mourut, » et que par conséquent il représentât le pre- » mier degré ».

L'opinion contraire ne manque pas non plus de partisans : ce sont principalement Dumoulin, sur le conseil 221 d'Alexandre, et sur la loi 6, C. *ad trebellianum;* Fernand, sur la loi *in Quartam;* Duperrier, à l'endroit qu'on vient d'en citer; Despeisses, tome 1, page 351, etc. Le parlement de Toulouse a consacré cette opinion par un arrêt prononcé en robes rouges, le 16 avril 1585 : il est rapporté par Duranti, quest. 121. Le parlement de Provence en a rendu un semblable le 30 juin 1677; on le trouve dans le recueil de Boniface, tome 5, liv. 2, tit. 19, chap. 3.

XIV. S'il y a tant de difficulté à étendre aux petits-enfans dont le père est prédécédé, un privilége que l'empereur Zénon a restreint formellement aux fils et aux filles, on doit bien s'imaginer que, ni les descendans, ni ceux d'entre les collatéraux qui ont quelquefois droit de légitime, ne peuvent jamais y prétendre. Aussi n'y a-t-il pas un auteur qui ait tenté de le leur appliquer.

XV. Revenons aux enfans du premier degré. Le testateur peut-il, à leur égard, déroger à la loi 6, C. *ad Trebellianum,* et les obliger d'imputer, sur leur trébellianique, les fruits qu'ils doivent recueillir pendant leur jouissance?

La loi même, dont nous parlons, décide pour la négative : elle veut que la trébellianique des enfans du premier degré ne puisse jamais être consumée en fruits, quand même le testateur l'aurait ordonné : *licet hoc testator prohibuerit vel jusserit.*

Mais, à l'époque où cette loi a été faite, le père ne pouvait pas défendre à ses enfans la distraction de la trébellianique, parcequ'elle se composait, comme on l'a dit, toute leur légitime. On a vu plus haut qu'il en est autrement aujourd'hui, et que les enfans peuvent, comme les étrangers, être privés, par une disposition expresse, du droit de distraire la trébellianique. D'après cela, qu'elle raison y aurait-il d'empêcher un testateur d'user de son pouvoir ordinaire pour obliger ses fils et ses filles à imputer, dans leur trébellianique, les fruits qu'ils percevront dans l'intervalle de sa mort à l'ouverture du fidéicommis? Qui peut le plus, peut le moins. Telle est au reste la doctrine de tous les auteurs, si l'on en excepte ceux qui regardent la prohibition de la trébellianique comme une chose au-dessus de l'autorité d'un père envers ses enfans. Catellan, entre autres, liv. 2, chap. 30, s'explique en ces termes : « Je crois qu'il faut dis- » tinguer sur cette question, comme l'on dis- » tingue sur la prohibition de la Quarte tré- » bellianique; un père peut la prohiber à ses » enfans, pourvu qu'il le fasse expressé- » ment..... Ainsi, il faut décider que le père » peut obliger ses enfans d'imputer les fruits » de leur jouissance sur la trébellianique, » pourvu qu'il le fasse expressément, et que » des termes généraux de rendre l'hérédité » tout entière et sans diminution, ne peu- » vent pas les obliger à cette imputation ».

» On peut faire ici l'application, et même argumenter *à fortiori,* de deux arrêts du 17 mai 1670 et de l'année 1674 [[rapportés au mot *Légitime,* sect. 8, §. 3, art. 1, n° 12]], par lesquels il a été jugé, aux parlemens de Dijon et d'Aix, qu'un fils peut être chargé de fidéicommis jusque dans ses biens propres, lorsqu'il trouve une récompense suffisante dans la jouissance de l'hérédité.

V. les articles *Quarte Falcidie, Légitime, Substitution, Fidéicommissaire, Fiducie, Legs, Légataire,* etc.

* QUASI-CONTRAT. On appelle ainsi un fait par lequel une personne s'oblige envers une autre, ou oblige une autre personne envers elle, sans qu'il soit intervenu aucune convention entre elles. [[« Les Quasi-contrats » (dit l'art. 1371 du Code civil) sont les faits » purement volontaires de l'homme, dont il » résulte un engagement quelconque envers » un tiers, et quelquefois un engagement ré- » ciproque des deux parties ».]]

I. Dans les contrats, c'est le consentement des parties contractantes qui produit l'obligation : dans les Quasi-contrats, il n'intervient aucun consentement; et c'est la loi seule ou l'équité naturelle qui produit l'obligation, en rendant obligatoire le fait d'où elle résulte. C'est pour cela que ces faits sont appelés *Quasi-contrats,* parceque sans être des contrats, ils produisent des obligations comme les contrats en produisent.

II. Ainsi, l'adition ou acceptation d'hérédité

est une espèce de Quasi-contract : l'héritier se soumet par-là à payer toutes les dettes du défunt ; ou s'il ne se porte héritier que par bénéfice d'inventaire, il s'oblige tacitement de les payer jusqu'à concurrence du produit de la succession, et de rendre compte.

[[III. Il se forme aussi un Quasi-contrat entre celui dont les affaires sont, sans mandat de sa part, gérées par un autre, et celui qui les gère. Le Code civil s'explique ainsi à cet égard :

« Art. 1372. Lorsque volontairement on gère l'affaire d'autrui, soit que le propriétaire connaisse la gestion, soit qu'il l'ignore, celui qui gère contracte l'engagement tacite de continuer la gestion qu'il a commencée, et de l'achever jusqu'à ce que le propriétaire soit en état d'y pourvoir lui-même ; il doit se charger également de toutes les dépendances de cette même affaire.

» Il se soumet à toutes les obligations qui résulteraient d'un mandat exprès que lui aurait donné le propriétaire.

» 1373. Il est obligé de continuer sa gestion, encore que le maître vienne à mourir avant que l'affaire soit consommée, jusqu'à ce que que l'héritier ait pu en prendre la direction.

» 1374. Il est tenu d'apporter à la gestion de l'affaire tous les soins d'un bon père de famille.

» Néanmoins, les circonstances qui l'ont conduit à se charger de l'affaire peuvent autoriser le juge à modérer les dommages et intérêts qui résulteraient des fautes ou de la négligence du gérant.

» 1375. Le maître dont l'affaire a été bien administrée, doit remplir les engagemens que le gérant à contractés en son nom, l'indemniser de tous les engagemens personnels qu'il a pris, et lui rembourser toutes les dépenses utiles ou nécessaires qu'il a faites ».]]

IV. Il se forme aussi un Quasi-contrat entre celui qui paie par erreur une somme qu'il ne devait pas, et celui qui reçoit cette somme ; le premier a action contre l'autre pour répéter ce qu'il lui a payé.

[[Voici ce que porte là-dessus le Code civil :

« Art. 1376. Celui qui reçoit par erreur ou sciemment ce qui ne lui est pas dû, s'oblige à le restituer à celui de qui il l'a indûment reçu.

» 1377. Lorsqu'une personne qui, par erreur, se croyait débitrice, a acquitté une dette, elle a le droit de répétition contre le créancier.

» Néanmoins ce droit cesse dans le cas où le créancier a supprimé son titre par suite du paiement, sauf le recours de celui qui a payé contre le véritable débiteur.

» 1378. S'il y a eu mauvaise foi de la part de celui qui a reçu, il est tenu de restituer, tant le capital que les intérêts ou les fruits, du jour du paiement (1).

» 1379. Si la chose indûment reçue est un immeuble ou un meuble corporel, celui qui l'a reçue, s'oblige à la restituer en nature, si elle existe, ou sa valeur, si elle est périe ou détériorée par sa faute ; il est même garant de sa perte par cas fortuit, s'il l'a reçue de mauvaise foi.

» 1380. Si celui qui a reçu de bonne foi, a vendu la chose, il ne doit restituer que le prix de la vente.

» 1381. Celui auquel la chose est restituée, doit tenir compte, même au possesseur de mauvais foi, de toutes les dépenses nécessaires et utiles qui ont été faites pour la conservation de la chose ».]]

V. Les jugemens sont pareillement une sorte de Quasi-contrat contre les personnes qui sont condamnées à donner ou à faire quelque chose : elles sont obligées d'exécuter ces jugemens, quand même elles se prétendraient condamnées injustement, sauf les voies de droit qu'elles peuvent avoir pour se pourvoir contre ces jugemens. *V.* le plaidoyer rapporté au mot *Réunion*.]]

Il y a divers autres exemples de Quasi-contrats, qu'il serait superflu de rapporter ici.

VI. Toutes sortes de personnes, même les enfans et les insensés, qui sont incapables de consentement, peuvent, par le Quasi-contrat résultant d'un fait de quelqu'un, être obligées envers lui, et l'obliger envers elles ; et cela est fondé sur ce que ce n'est pas le consentement qui forme ces obligations. Il faut, à la vérité, que la personne, dont le fait donne lieu à un Quasi-contrat, ait l'usage de la raison ; mais il n'est pas nécessaire que les personnes par qui ou envers qui les obligations résultant de ce fait sont contractées, soient raisonnables.

Ainsi, lorsque quelqu'un a géré les affaires d'un enfant, cette gestion, qui est [[comme on l'a vu plus haut, n° 3]], un Quasi-contrat, oblige cet enfant à rembourser à celui qui a géré ses affaires, ce qu'il a utilement dépensé ; et oblige réciproquement ce dernier à rendre compte de sa gestion. (M. Guyot). *

(1) *V.* l'article *Conscription militaire*, §. 11.

* QUASI-DÉLIT. Le Quasi-délit est un fait par lequel une personne, sans malignité, mais par imprudence, cause quelque préjudice à une autre personne.

I. Le Quasi-délit produit, contre son auteur, l'obligation de réparer le mal qui en résulte. C'est là une faute d'où les lois font dériver une obligation. [[« Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un » dommage, oblige celui par la faute duquel » il est arrivé, à le réparer ». Ce sont les termes de l'art. 1382 du Code civil.]]

II. « On peut distinguer (dit Domat) trois sortes de fautes dont il peut arriver quelque dommage :

» Celles qui vont à un crime ou à un délit;

» Celles des personnes qui manquent aux engagemens des conventions, comme un vendeur qui ne délivre pas la chose vendue, un locataire qui ne fait pas la chose dont il est tenu;

» Et celles qui n'ont point de rapport aux conventions, et qui ne vont pas à un crime ni à un délit, comme si, par légéreté, on jette quelque chose par une fenêtre qui gâte un habit; si des animaux mal gardés font quelque dommage; si on cause un incendie par imprudence ».

Il semble, au premier aspect, qu'il y a quelque dureté dans cette loi, qui punit une action où le cœur de l'homme est resté innocent, une simple légéreté, une imprudence. L'homme si faible par sa nature, si près des fautes et du malheur, doit-il être traité sans pitié par la loi? Et quel est donc cette protection que l'ordre social lui promet, si toute la force publique s'arme pour lui faire expier des fautes même involontaires?

Les plaintes que la raison est souvent tentée de faire contre la loi, ne sont presque jamais fondées que sur la vue d'un seul objet, tandis que la loi en a considéré deux.

On ne voit ici que le malheur d'un homme puni pour une erreur; mais il faut voir aussi celui de la victime de cette erreur. Quel serait le sort des hommes dans l'état de société, s'ils n'avaient pas de ressources contre tous les maux qui peuvent leur arriver par l'imprudence de leurs semblables? Combien ces imprudences se multiplieraient encore par cette impunité, tandis qu'une juste sévérité peut les prévenir sans cesse par d'utiles exemples! Il est de la nature de l'homme d'éviter les écarts sur lesquels il est bien averti; et il n'est jamais mieux averti que par la pensée d'un danger pour lui-même.

La loi ne peut balancer entre celui qui se trompe et celui qui souffre. Partout où elle voit une perte pour un citoyen, elle en cherche l'auteur; elle examine s'il lui a été possible de ne pas causer cette perte; et, dès qu'elle trouve en lui de l'inattention, de la légéreté, de l'imprudence, elle le condamne à la réparation du mal qu'il a fait.

Mais elle met de justes bornes à sa rigueur; elle ne sévit pas contre sa personne : elle épargne son honneur; elle n'exige d'autre satisfaction que le dédommagement de celui qui souffre : elle n'exige de lui qu'un sacrifice de sa fortune, elle ne l'exige que pour donner une ressource au malheur : cela est si vrai, que, lorsque le malheur n'est pas arrivé, quoique le fait qui pouvait l'occasioner soit réel, elle n'inflige aucune peine, à moins qu'il n'existe une défense antérieure de commettre l'action dont il s'agit; et alors la peine dérive d'un délit positif, d'une désobéissance à la loi.

La loi, en ordonnant la réparation d'un dommage, a voulu l'assurer : elle ne s'arrête pas toujours à la personne qui est l'auteur du dommage; cette personne souvent n'a pas de fortune, ou bien sa fortune est insuffisante pour le dédommagement; dans ce cas, la loi permet de recourir à ceux de qui cette personne dépend; elle rend ceux-ci garans de l'action, parcequ'ils pouvaient l'empêcher par une plus grande attention sur cette personne, à l'égard de laquelle ils ont une autorité. [[*V.* les articles *Délit*, §. 5, et *Puissance paternelle*, sect. 3, §. 2.]]

Mais, pour qu'un homme puisse être responsable du mal dont il est la cause, il faut qu'il y ait une faute dans son action; il faut qu'il lui ait été possible, avec plus de vigilance sur lui-même, de s'en garantir. Cette faute est ce que le droit romain a nommé un *Quasi-délit*. Partout où un homme nuit à un autre par l'ascendant d'une cause majeure, il est affranchi de la réparation; il a été l'instrument passif, et non pas la cause déterminante du malheur qui est arrivé. Le malheur ne peut plus être imputé qu'à la destinée, sous laquelle tous les hommes doivent se soumettre.

Cependant, telle est la force de ce sentiment de compassion qui nous saisit à la vue des maux qui sont arrivés par nous, qu'il n'est guère d'homme sensible qui ne s'impose, comme un devoir, la réparation des malheurs dont une force étrangère ou un hasard aveugle l'ont rendu l'auteur.

La mesure de cette réparation depend trop des circonstances pour être déterminée : on

est porté d'abord à la rendre égale à la perte; et cela doit être ainsi partout où il y a une faute évidente et inexcusable dans l'auteur de l'accident. Mais il se trouve nécessairement dans ces événemens un mélange de choses produites par l'imprudence de l'homme et par le hasard, qui diminue la faute de celui sur qui doit tomber la réparation.

Voilà les principes que la simple raison nous dicte sur les Quasi-délits. Nous allons les retrouver dans les dispositions de la loi.

II. Le droit romain n'a pas défini le Quasi-délit; mais il le fait résulter de tout fait qui n'appartient ni à un délit, ni à un contrat, et qui produit une obligation.

Il y a un chapitre sur les Quasi-délits dans les Institutes; c'est par des exemples que l'empereur Justinien les fait connaître.

III. Si un juge (dit-il) a rendu un jugement injuste, sans aucune prévarication, mais par ignorance, il n'a, ni commis un délit, ni enfreint un contrat; cependant il est censé coupable; il l'est par son ignorance seule; c'est un Quasi-délit, et il doit supporter une peine telle que le juge l'arbitrera dans sa conscience: *Si judex litem suam fecerit, non proprio maleficio obligatus videtur; sed quia neque ex maleficio neque ex contractu obligatus est, et utiquè peccasse aliquid intelligitur, licet per imprudentiam, ideò videtur, quasi ex maleficio teneri; et in quantum de eâ re æquum religioni judicantis videbitur, pœnam sustinebit.*

On peut remarquer sur ce premier exemple, que le Quasi-délit suppose une faute réelle, mais légère. Un juge est coupable d'ignorer ou de violer la loi; car, en se chargeant de la fonction de juger, il a promis les qualités nécessaires pour la bien remplir, comme le dit fort bien un ancien jurisconsulte: *Eo ipso quòd acceptat officium, videtur se assereré sufficientem et peritum.* Mais il ne faut pas entendre par *imprudence* dans le juge, une inhabilité absolue; car alors sa faute serait plus qu'un Quasi-délit, il suffit qu'il se soit écarté de ces règles dont le bon sens ordinaire doit garantir un magistrat.

[[*V.* l'article *Prise à partie.*]]

IV. Voici le second exemple proposé dans les Institutes: celui-là est aussi obligé par un Quasi-délit, de la maison duquel on a jeté ou répandu quelque chose, et cela, soit que la maison lui appartienne, soit qu'il l'ait à loyer ou sans loyer. Cependant il n'est point en cela coupable d'un délit, puisqu'il est garant, pour ce fait, de ses enfans ou de ses esclaves. Il en est de même de celui qui a mis ou suspendu quelque chose au-dessus d'un lieu de passage, laquelle venant à tomber, peut nuire à quelqu'un, et cette imprudence est punie par une amende de dix écus d'or. Quand quelque chose a été ainsi jetée ou répandue, on a une action pour réclamer le double du dommage. Si un homme libre a été tué par un tel accident, l'amende est de cinquante écus d'or: si la personne n'en meurt pas, si elle est seulement blessée, elle a une action pour obtenir ce que le juge arbitrera; et le juge doit avoir égard, dans cette appréciation, aux honoraires des médecins, à toutes les dépenses d'une maladie, et à toutes les pertes que pourra souffrir cette personne, en conséquence de sa maladie: *Item is ex cujus cœnaculo, vel proprio ipsius, vel conducto, vel in quo gratis habitat, dejectum effusumque aliquid est, ità uti alicui noceret, quasi ex maleficio obligatus intelligitur; ideò autem non proprio ex maleficio obligatus intelligitur, quia plerumque ob alterius culpam tenetur, aut servi, aut liberi. Cui similis est is qui eâ parte quâ vulgò iter fieri solet, id positum aut suspensum habet, quod potest, si ceciderit, alicui nocere; quo casu pœna decem aureorum constituta est. De eo verò quod dejectum effusumque est, dupli quantum damni datum sit, constituta est actio. Ob hominem verò liberum occisum, quinquaginta aureorum pœna constituitur. Si verò vivat, nocitumque ei esse dicatur, quantùm ob eam rem æquum judici videtur, actio datur. Judex enim computare debet mercedes medicis præstitas, cæteraque impendia quæ in curatione facta sunt, præterea, operas, quibus caruit aut carituras est, ob id quòd inutilis est factus.*

Dans ce second exemple, il y a une imprudence caractérisée. Qui ne peut concevoir, en effet, qu'une chose jetée ou suspendue dans un lieu fréquenté, peut causer une foule d'accidens? Il a y donc une faute réelle; mais il est bien étrange que la peine de cette faute soit fixée dans deux cas, et arbitraire dans un autre. Il y a ici un délit de police; car ce fait, trop à craindre, est ordinairement défendu par des lois positives: la peine de ce délit de police peut être fixée et doit l'être. Mais comment déterminer la réparation des pertes qui peuvent être occasionées par cet accident? Y a-t-il une valeur commune pour les diverses choses ou pour les diverses personnes? Comment la loi avait-elle pu évaluer la destruction d'une chose quelconque à dix écus d'or, et la mort d'un homme libre, quel qu'il fût, à cinquante écus d'or? On croit lire une disposition

des Codes des nations barbares, qui avaient un tarif pour tous les crimes. Cependant la même loi qui vient de statuer sur la valeur de la vie d'un homme libre, se sent impuissante pour apprécier les dommages-intérêts d'un homme blessé; cette loi présente donc une contradiction, après une mauvaise disposition.

Nous n'avons pas adopté cette loi; les dommages-intérêts, dans ces cas, sont incertains et dépendent des circonstances. L'amende pour la contravention aux réglemens de police, est souvent arbitraire aussi; et c'est un mal; car elle peut très-bien être fixée.

[[Elle l'est aujourd'hui jusqu'à un certain point. *V.* l'article *Tribunal de police.*]]

V. Le troisième exemple d'un Quasi-délit est relatif aux fils de famille qui vivent séparés de leur père. Si un fils de famille (dit Justinien) habite sa maison particulière, et si quelque chose capable de causer un accident ou un malheur, est jetée de cette maison, ou y a été suspendue, le jurisconsulte Julien a décidé qu'on n'avait aucune action contre le père, et qu'on ne pouvait se pourvoir que contre le fils. Il faut dire la même chose du fils de famille qui, dans la fonction de juge, a mérité de répondre de son jugement. *Si filiusfamiliàs seorsùm à patre suo habitaverit, et quid ex cœnaculo ejus dejectum effusumque fuerit, sive quid positum suspensumque habuerit, cujus casus periculosus est, Juliano placuit in patrem nullam esse actionem, sed cùm ipso filio agendum esse. Quod et in filiumfamiliàs judicem observandum est, qui litem suam fecerit.*

En France, tant en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, le père n'est pas tenu des délits ni des Quasi-délits de son fils. Il faut s'adresser au fils, et le faire condamner; et la condamnation ne peut être exécutoire que sur les biens du fils. On ne peut s'adresser au père, en pays coutumier, que pour lui faire rendre compte de ce qu'il pourrait devoir à son fils, comme détenteur des biens de la mère défunte, ou à quelque autre titre; mais en pays de droit écrit, le père peut être poursuivi en conséquence de la condamnation portée contre le fils, pour les biens profectices et pour l'usufruit des adventices. C'est ce que remarque Ferrière sur cet article des Institutes, tome 5, page 465, de la nouvelle traduction des Institutes.

[[*V.* l'article *Puissance paternelle*, sect. 3, §. 2, n° 8.]]

VI. Le quatrième exemple d'un Quasi-délit concerne les maîtres des lieux où l'on reçoit en garde des effets appartenant à des étrangers. Celui qui fait (dit Justinien) valoir pour son intérêt un vaisseau, ou qui tient une hôtellerie, est obligé, par un Quasi-délit, à la réparation du dommage ou du larcin qui est fait, quoiqu'il n'en soit pas coupable, mais seulement quelqu'un employé pour lui sur le vaisseau ou dans l'hôtellerie; il en est tenu par un Quasi-délit, parceque cette action ne provient ni d'un délit, ni d'un contrat, et parcequ'il est en quelque façon coupable de se servir de serviteurs infidèles. Cette action qu'on a contre lui, s'appelle *actio in factum*; elle se transmet à l'héritier; mais elle ne passe pas contre l'héritier de celui qui en est tenu. *Item exercitor navis aut cauponæ aut stabuli, de dolo, aut furto, quod in navi aut cauponâ, aut stabulo factum erit, quasi ex maleficio teneri videtur, si modò ipsius nullum est maleficium, sed alicujus eorum quorum operâ navem aut cauponam aut stabulum exercet. Cùm enim neque ex maleficio, neque ex contractu sit adversùs eum constituta hæc actio, et aliquatenus culpæ reus est, quod operâ malorum hominum uteretur, ideò quasi ex maleficio teneri videtur. In his autem casibus in factum actio competit: quæ heredi quidem datur, adversùs heredem autem non competit.*

C'est un principe généralement reçu en France, tant en pays coutumier qu'en pays de droit écrit, que les maîtres des navires, cabarets ou hôtelleries, sont responsables des faits de tous ceux qu'ils emploient pour le service de leur navire ou de leur hôtellerie, et de ceux de toutes les personnes qu'ils y reçoivent; ils doivent s'imputer de ne pas connaître les personnes qu'ils admettent à leur service, ou qu'ils consentent à recevoir, et de n'avoir pas pris d'assez bonnes précautions contre leurs mauvais desseins.

Mais notre jurisprudence est, à cet égard, différente en plusieurs points, de celle des Romains.

1° Les maîtres des navires ne sont pas condamnés, parmi nous, au double de l'estimation des hardes ou marchandises, comme ils l'étaient chez les Romains: ils sont condamnés uniquement au dédommagement de la personne volée, c'est-à-dire, à la restitution de la chose, ou au paiement de sa valeur.

2° L'action qui peut être intentée, en ce cas, contre les maîtres de navires ou hôtelleries, n'est point pénale parmi nous: elle ne tend qu'à l'effet civil d'obtenir la réparation de la perte; et non-seulement elle passe aux héritiers de la personne volée, mais encore

elle a lieu contre les héritiers du maître du navire ou de l'hôtellerie.

Observons bien à quoi s'étend la garantie légale des maîtres de navire et d'hôtellerie: elle n'a lieu que pour les personnes logées chez eux, ou employées à leur service. Ils ne sont pas responsables des cas fortuits, ou des faits des passans.

[[*V.* l'article *Hôtelier* et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Dépôt nécessaire*.]]

VII. Telles sont les notions que nous trouvons sur les Quasi-délits dans les Institutes; placées dans ce livre qui ne contient que des principes généraux du droit, elles n'embrassent pas toute la matière, et elles n'indiquent ni tous les cas, ni toutes les dispositions des lois.

Domat a consacré un long chapitre de ses *lois civiles* à la matière des Quasi-délits; il a combiné toutes les décisions des lois romaines relatives à ces objets, et il en a extrait une collection de principes qu'il a développés avec cette supériorité de logique et de précision qui le met si fort au-dessus de la plupart des jurisconsultes. Nous allons présenter un précis de son chapitre, qui a pour titre : *Des dommages causés par des défauts qui ne vont pas à un crime et à un délit.* On est heureux quand on peut marcher dans la jurisprudence avec un guide tel que Domat. Il faudra recourir à son livre, si l'on veut connaître tous les détails de cette partie du droit: nous rédigeons ici un article et non pas un livre; et nous sommes forcés de nous borner aux idées principales.

Domat a divisé son chapitre en quatre sections.

VIII. La première traite *de ce qui est jeté d'une maison, ou de ce qui en peut tomber et causer de dommage.*

Elle a rapport au second exemple proposé dans les Institutes.

Il observe qu'il faut distinguer ici deux sortes de peines : l'amende qui naît de la contravention aux lois de la police, et la réparation de celui qui a souffert un dommage.

Il décide un cas fort embarrassant, et qui peut se rencontrer souvent dans cette matière. Voici le cas de cette décision :

« Si plusieurs personnes habitent le même » lieu d'où quelque chose a été jetée ou ré» pandue, chacun sera tenu solidairement de » tout le dommage, si ce n'est qu'on puisse » connaître qui l'a causé, ou des maîtres ou » de personnes dont chacun doit répondre. » Mais, si leur habitation est séparée, chacun » sera tenu de ce qui sera jeté des lieux qu'il » occupe ».

Le reste de la section rentre dans les décisions du texte ci-dessus rapporté des Institutes, et dans les réflexions que ce texte nous a donné lieu de développer.

IX. La seconde section traite *du dommage causé par des animaux.*

L'ordre qui lie les hommes en société, dit l'auteur, ne les oblige pas seulement à ne nuire en rien par eux-mêmes à qui que ce soit, mais il oblige chacun à tenir tout ce qu'il possède en tel état, qu'il ne puisse en arriver préjudice ni dommage. Le maître répond de tout le dommage causé par ses bestiaux.

Si ce dommage est arrivé malgré quelque réglement de police, le maître doit, outre la réparation, une amende.

Il n'est permis à personne de se faire justice sur les animaux qui lui font du dommage; et s'il les tue ou les blesse, il en est responsable. Il en serait autrement si l'on tuait la bête pour sa propre défense.

Le maître qui ne peut retenir un cheval furieux, n'est pas moins responsable des accidens; il ne devait pas s'exposer; il devait connaître la fureur de son cheval, ou son insuffisance à le dompter.

Il faut prendre des précautions contre les chevaux qui mordent ou qui ruent, à peine de répondre des accidens. Il en est de même des autres bêtes.

Cette règle a lieu, à plus forte raison, pour les bêtes farouches. Mais si un chien ou un autre animal ne mord ou ne fait quelque dommage que parcequ'il a été agacé ou effarouché, celui qui aura donné lieu à l'accident arrivé en sera tenu; et si c'est lui-même qui a souffert, il doit se l'imputer.

Si la bête qui a causé du dommage a été effarouchée par quelqu'autre bête, le maître de celle-ci doit en être tenu.

Si deux béliers ou deux bœufs, appartenant à deux maîtres, viennent à s'entrechoquer, et que l'un tue l'autre, le maître du bœuf ou du bélier qui aura le premier frappé, sera tenu ou d'abandonner la bête qui aura tué, ou de dédommager celui de la bête qui aura été tuée.

[[Aujourd'hui l'abandon de l'animal qui a causé du dommage, ne libère plus le propriétaire de cet animal. L'art. 1385 du Code civil veut, ainsi qu'on l'a remarqué aux mots *Bestiaux* et *Gibier*, que le propriétaire en soit purement et simplement responsable.

L'effet de la responsabilité établie par cet article, peut-il être poursuivi par la voie de la plainte ?

Voici un arrêt de la cour de cassation, du 6 novembre 1807, qui juge pour l'affirmative. (Nous le tirons du *Bulletin criminel* de cette cour) :

« Antoine Laugier, meunier, monté sur un mulet, suivi d'un second, allait prendre deux charges de blé pour les apporter moudre à son moulin. Il passe devant l'égorgerie : les chiens des bouchers s'élancent; les mulets sont effarouchés, le premier renverse son maître, qui [illegible] fracassé : on le reporte chez lui. Ce fait se passait à Grasse, le 30 juillet 1807.

» La plainte rendue au nom du meunier blessé, donna lieu à la question si le tribunal de police était compétent pour en connaître, ou si l'action devait être portée devant les juges civils.

» Le magistrat de sûreté et le directeur du jury étaient d'opinion différente; ce qui donna lieu à en référer au tribunal de première instance, qui maintint l'ordonnance du directeur du jury, qui avait renvoyé à fins civiles.

» Appel de la part du procureur général en la cour de justice criminelle, qui, par arrêt du 2 octobre 1807, confirme le premier jugement.

» Les juges ont donné pour motifs de leur décision, 1° que ce fut le bruit du passage des mulets qui excita les chiens à sortir, à aboyer, à attaquer les mulets, sans que les bouchers aient concouru à exciter leurs chiens; 2° que, par leur caractère, les chiens ne sont point à assimiler aux animaux *malfaisans;* d'où les juges ont induit qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer la disposition de l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4, portant : *Sont punis des peines de simple police..., ceux qui laissent divaguer des animaux malfaisans ou féroces;* que les contusions et blessures souffertes par le meunier, ayant eu lieu sans intention de nuire, ne donnaient lieu qu'à une indemnité à obtenir par la voie civile, aux termes du Code civil, art. 1385.

» Cet arrêt a donné lieu au procureur général de la cour du Var, de recourir à la cassation. Il appuie son pourvoi sur la disposition positive de l'art. 605 ci-dessus du Code de brumaire an 4, et sur l'argument *à majori* de la disposition de l'art. 16, tit. 2, de la loi du 22 juillet 1791, qui classe au rang des délits punissables correctionnellement, les blessures involontairement faites à quelqu'un par les *chevaux* d'un particulier, en cas *d'imprudence ou de négligence* seulement; qu'ainsi, pour saisir le tribunal de police, il n'était pas besoin que les bouchers eussent excité leurs dogues, et, par conséquence ultérieure, que l'arrêt attaqué contenait violation de la loi sur la compétence.

» La cour de cassation a accueilli ce pourvoi.

» Elle a considéré, d'une part, que le Code civil n'a entendu poser que des principes; qu'en s'occupant au tit. 4, *des engagemens qui se forment sans convention*, il a dû énoncer le cas du *dommage causé par un animal égaré ou échappé*, et la *responsabilité du propriétaire* de l'animal malfaisant, susceptible de répression plus ou moins sévère; et qu'il a gardé le silence sur les tribunaux compétens de la répression; d'autre part, que les lois de police, des 22 juillet et 28 septembre-6 octobre 1791 ont fixé ces divers cas; et que le Code de brumaire an 4, en les classifiant, règle la compétence des tribunaux différens, selon la diversité des causes et des effets du dommage occasioné.

» Enfin, elle a considéré que, si le Code civil laisse à la partie lésée le mode de poursuivre, soit par action civile, soit par la voie de la plainte, le Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, art. 605, a soumis à la compétence du tribunal de police et aux peines de police, ceux qui laissent divaguer ou échapper des animaux malfaisans; et, puisque le tribunal de police avait été saisi par une plainte de la partie lésée, la compétence de ce tribunal n'était pas douteuse.

» La cour de justice criminelle du Var, en confirmant le jugement du tribunal de première instance, qui avait renvoyé les parties à fins civiles, s'est donc rendu propre la contravention commise par le premier tribunal.

» L'arrêt de cassation est ainsi conçu :

» Ouï le rapport de M. Vasse.... ;

» Vu les dispositions des art. 16 et 17 du titre *de la police correctionnelle* de la loi du 22 juillet 1791, de l'art. 2, tit. 2, de la loi du 28 septembre-6 octobre de la même année, concernant la police rurale, et l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4, nos 4 et 9 (1);

» Attendu que ces lois ont classé parmi les délits et Quasi-délits, et soumis aux tribunaux de police et aux peines de police, les accidens et dommages causés par des animaux que le propriétaire aura laissé s'échapper, soit qu'ils fussent d'une nature féroce, ou que, par le fait, ils soient devenus malfaisans; que le propriétaire est passible, même

(1) Les dispositions de ce Code sont renouvelées par l'art. 475, n° 7, du Code pénal de 1810.

de peines correctionnelles, lorsque, par son imprudence, ses animaux ont accasioné des blessures graves à quelqu'un dans les voies publiques : que l'arrêt attaqué constate que ce sont les chiens du boucher, échappés de la tuerie, qui ont occasioné l'accident qui a motivé la plainte dont a été saisi le juge de police; et qu'en renvoyant les parties procéder à fins civiles, le tribunal de Grasse et la cour de justice criminelle du Var ont méconnu les règles de compétence, et contrevenu à l'art. 605 du Code des délits et des peines du 8 brumaire an 4;

» Par ces motifs, la cour a cassé et annulé, casse et annulle..... ».]]

X. La troisième section du chapitre cité *des Lois civiles* de Domat, a pour objet *le dommage qui peut arriver de la chute d'un bâtiment ou de quelque nouvel œuvre.*

Le propriétaire d'une maison en ruine est responsable de la chute de cette maison.

Ses voisins ont le droit de le sommer de rétablir sa maison; et, s'il ne le fait pas, la justice doit y pourvoir.

Si le bâtiment tombe avant qu'il y ait une dénonciation faite au propriétaire, il ne sera pas tenu du dommage, s'il veut abandonner la place et les matériaux; et il ne sera pas même tenu, en ce cas, de les enlever; car celui qui a souffert le dommage, doit s'imputer de n'avoir pas assez tôt pourvu au danger qu'il pouvait connaître; mais, si ce propriétaire veut reprendre ses matériaux ou garder sa place, il sera tenu de tout le dommage causé par la chute de son bâtiment, quoiqu'il n'y ait eu de dénonciation qui eût précédé la chute; et il sera tenu, en ce cas, non-seulement d'enlever tous les matériaux qui peuvent servir, mais encore les décombres inutiles.

[[Aujourd'hui, dans tous les cas, « le propriétaire d'un bâtiment est responsable du » dommage causé par sa ruine, lorsqu'elle est » arrivée par une suite du défaut d'entretien » ou par le vice de sa construction ». *Code civil*, art. 1386.]]

Lorsque la chute d'un bâtiment a détruit dans le bâtiment voisin des ornemens superflus, l'estimation de ce dommage doit se faire modérément, et avec un tempérament de justice et d'humanité, selon que la qualité du fait qui a donné lieu au dommage, celle des personnes, et les autres circonstances peuvent le demander.

Si une maison qui menaçait ruine, et pour laquelle le voisin avait dénoncé, est ensuite abattue par un cas fortuit, comme un débordement, un ouragan, et que sa chute abatte la maison voisine, le propriétaire de la maison dont la chute a abattu l'autre, ne sera pas tenu de ce cas fortuit, à moins que l'effet du cas fortuit n'ait été occasioné par le mauvais état de la maison.

Si le bâtiment dont la chute a occasioné quelque dommage, appartient à plusieurs maîtres, ils n'en seront pas tenus solidairement, mais chacun à proportion de la part qu'il avait au bâtiment tombé.

Celui qui, faisant un nouvel ouvrage dans son héritage, use de son droit, sans blesser ni loi, ni usage, ni titre, ni possession contraire, n'est pas tenu du dommage qui pourra arriver; par exemple, si, en faisant une digue pour se garantir d'un débordement, il y exposait davantage l'héritage voisin, dans ce cas et les autres semblables, les événemens sont des cas fortuits, et des effets naturels de l'état où celui qui fait les changemens, a droit de mettre les choses. [[*V.* l'article *Eaux pluviales.*]].

Si l'ouvrage qu'un propriétaire ferait dans son fonds, blessait quelque loi, quelque usage, ou si c'était une entreprise contre un titre ou contre une possession, le voisin qui en souffrirait quelque dommage, pourrait l'empêcher et se faire indemniser de la perte qu'il aurait soufferte.

Celui qui prétend qu'un nouvel œuvre entrepris par son voisin, lui fait préjudice, doit se pourvoir devant le juge, qui pourra faire défense de commencer l'ouvrage ou de le continuer, jusqu'à ce qu'il soit jugé si cet ouvrage doit être défendu ou permis.

[[*V.* l'article *Dénonciation de nouvel œuvre* et mon *Recueil de Questions de droit*, aux mêmes mots.]]

XI. La dernière section traite de toutes les espèces de dommages causés par des fautes sans crime ni délit.

Toutes les pertes et tous les dommages *qui* peuvent arriver par le fait de quelque personne, soit imprudence, légèreté ou ignorance de ce qu'on doit savoir, doivent être réparés par celui dont la faute, quelle qu'elle soit, y a donné lieu. On ne regarde pas ici à l'intention, mais à la réalité de la perte. Ainsi, celui qui, en s'amusant à quelque jeu dans un lieu public, viendrait à blesser un passant, serait tenu de pourvoir à la guérison du blessé, et de dédommager celui-ci de tout le préjudice qu'il aurait reçu de cet accident.

L'inexactitude à remplir un engagement, est aussi une faute qui peut donner occasion

à des dommages-intérêts. Ainsi, un vendeur qui est en retard de délivrer ce qu'il a vendu, un dépositaire qui diffère de remettre un dépôt, un héritier qui retient une chose léguée, et tous ceux qui, ayant en leur possession une chose qu'ils doivent délivrer, refusent ou différent de remplir leur obligation, sont tenus, non seulement des dommages-intérêts que leur retard a pu occasioner, mais de la valeur même de la chose, si elle périt : cet événement aurait pu ne pas arriver, si la chose avait été entre les mains du maître, soit que le changement du lieu eût suffi pour la garantir de l'accident, soit qu'elle eût été déjà vendue ou employée à quelque usage qui l'aurait consommée utilement pour le maître.

S'il arrive quelque dommage par une suite imprévue d'un fait innocent, sans qu'on puisse imputer de faute à l'auteur de ce fait, il ne sera pas tenu de cette suite ; car cet événement aura quelque autre cause qui s'est jointe à ce fait, soit l'imprudence de celui qui aura souffert le dommage, soit quelque cas fortuit ; et c'est, ou à cette imprudence, ou à ce cas fortuit que le dommage doit être imputé : tel serait, par exemple, le cas où serait blessé celui qui va traverser un jeu de mail public, pendant qu'on y joue : le fait innocent de celui qui a poussé la boule ne le rend pas responsable d'un événement qui n'a d'autre cause que l'imprudence de celui qui en est la victime, s'il savait qu'il y avait là un jeu de mail, ou un cas fortuit, si ce fait lui était inconnu.

Ceux qui font quelques ouvrages ou quelques travaux d'où il peut suivre quelque dommage, en seront tenus, s'ils n'ont usé des précautions nécessaires pour le prévenir. Ainsi, les maçons, les charpentiers et les autres ouvriers qui, dans leurs travaux, peuvent mettre la vie des citoyens en danger, doivent avertir ceux-ci de s'écarter du lieu de leur travail, à peine de répondre de tout ce qui peut en arriver.

[[*V.* les articles *Arquebusier* et *Couvreur.*]]

Il faut mettre au nombre des dommages causés par des fautes, ceux qui arrivent par l'ignorance des choses qu'on doit savoir. Ainsi, lorsqu'un artisan, pour ne pas savoir ce qui est de sa profession, fait une faute qui cause quelque dommage, il en sera tenu.

Comme les incendies n'arrivent presque jamais que par quelque imprudence, ceux qui sont convaincus de cette imprudence sont exposés à des dommages-intérêts. [[*V.* l'article *Incendie*, §. 2.]]

Il arrive quelquefois qu'un fait volontaire produit un dommage, sans que l'auteur de ce fait puisse en être responsable. Ainsi, par exemple, si un coup de vent jette un vaisseau sur les cordes des ancres d'un autre vaisseau, et que le maître du vaisseau jeté par le vent, ne puisse se dégager sans couper ces cordes, il ne sera pas tenu de ce dommage, qu'un cas fortuit a rendu nécessaire. C'est ici un exemple et une décision formelle de la loi 29, D. *ad legem Aquiliam.* Il en est de même de ceux qui, dans un incendie, abattent une maison pour arrêter le progrès des flammes ; ils ne doivent pas de dommages-intérêts pour la destruction de cette maison.

[[*V.* l'article *Incendie*, §. 2.]]

Ceux qui pouvant empêcher un dommage, ne le font pas, peuvent, dans quelques circonstances, être condamnés à le réparer : ce principe a lieu surtout lorsque ces personnes avaient une sorte de mission pour prévenir ou arrêter un pareil dommage. Par exemple, un maître qui voit et qui souffre un dommage causé par son domestique, s'en rend responsable.

C'est une question de savoir ce qu'on doit décider dans un cas où le dommage est arrivé par un cas fortuit, mais où le cas fortuit a été précédé de quelque fait qui a pu donner lieu au cas fortuit. Tout dépend du plus ou du moins de liaison entre le fait et entre le dommage.

Expliquons-nous par un exemple. Un tuteur ou un autre administrateur a reçu une somme d'argent pour celui dont les affaires sont entre ses mains ; il pouvait faire un emploi utile de cet argent, soit en faisant une acquisition, soit en payant des dettes ; mais il conserve cet argent. L'argent est à la fin enlevé par des voleurs. On demande si cet administrateur est tenu de rembourser cet argent?

Il doit en être tenu, s'il ne peut alléguer aucune raison suffisante qui l'ait déterminé à garder cet argent ; mais la grande difficulté sera de savoir qu'est-ce qui peut être réputé ici une raison suffisante : il nous semble que tout motif qui peut rendre la conduite de cet administrateur excusable, doit être admis ; et cela dépend trop des circonstances pour recevoir une règle fixe et déterminée.

Si le cas fortuit est une suite d'un fait illicite, et qu'il en arrive quelque dommage, l'auteur de ce fait illicite en sera tenu. Ainsi, par exemple, si un créancier se met en possession, sans autorité de justice, et sans le consentement du débiteur, d'un meuble ou d'un immeuble de ce débiteur, et que ce

meuble ou cet immeuble vienne à périr entre ses mains, il doit être condamné à en restituer la valeur.

XII. C'est ainsi que Domat a expliqué et divisé les Quasi-délits. Il ne nous reste plus qu'à ajouter quelques règles que nous recueillons dans Cujas, dans Pothier et dans Heinneccius.

Il résulte de la définition que nous avons donnée des Quasi-délits, qu'il n'y a que les personnes qui ont l'usage de la raison, qui en soient capables.

Car il y a essentiellement dans le Quasi-délit une imprudence; or, une imprudence est un oubli ou un écart de la raison; et pour oublier la raison, ou s'en écarter, il faut l'avoir.

On ne peut pas fixer précisément l'âge où les enfans commencent à avoir la raison : cela ne peut se connaître que par l'espèce des motifs qui les dirigent, et cela dépend absolument des circonstances. Dès qu'on aperçoit dans un fait qui a causé quelque préjudice, de la réflexion, des vues et des desseins, on peut juger que l'auteur de ce fait savait ce qu'il faisait, il doit être jugé coupable, et le fait devient un délit.

Une imprudence est plus difficile à constater, parcequ'elle n'est ordinairement que la suite d'un défaut de réflexion, et que ce défaut de réflexion n'est un Quasi-délit qu'autant que la personne était capable de cette réflexion qu'elle n'a pas faite.

Quoique l'ivresse fasse perdre l'usage de la raison, une personne ne laisse pas d'être obligée à la réparation du mal qu'elle a fait dans l'ivresse; car c'est sa faute de s'être mise dans cet état. [[*V.* l'article *Excuse*, n° 3-4°.]]

Il n'est pas douteux qu'un interdit pour cause de prodigalité, ne soit tenu du tort qu'il a causé par des Quasi-délits, quoiqu'il ne puisse plus contracter aucune obligation. La raison de cette différence est évidente : ceux qui ont contracté avec lui, étaient avertis du danger qu'ils couraient par son interdiction qui était publique; mais on ne peut rien imputer à ceux qui sont devenus victimes de ses Quasi-délits, et ils ne doivent pas souffrir de son interdiction.

[[Il en est de même aujourd'hui de ceux à qui, pour cause de prodigalité, il a été donné un conseil judiciaire. *V.* l'article *Prodigue*.

Mais que doit-on décider à l'égard des interdits pour démence ou fureur? *V.* l'article *Démence*.]]

XII. Il faut observer que ceux qui sont tenus d'un Quasi-délit commis par une autre personne, en sont tenus différemment de l'auteur du délit. Celui-ci est condamnable par corps, pour la réparation à laquelle il a été condamné, lorsque le Quasi-délit est de nature à donner lieu à la contrainte par corps. Mais les personnes qui ont seulement responsables du délit, ne le sont que civilement, et ne peuvent être contraintes que par saisie de leurs biens. (M. Garnier.)*

QUERELLE D'INOFFICIOSITÉ. *V.* l'article *Inofficiosité*.

* QUESTEUR. Les Romains donnaient ce titre à des magistrats chargés de la garde du trésor public et de plusieurs autres fonctions. Il y en avait pour la ville même; d'autres pour les armées, où ils servaient comme officiers généraux; et d'autres pour les provinces, où ils avaient une grande autorité sous les préteurs et les proconsuls.

La questure était le premier degré pour parvenir aux honneurs : la fidélité de la questure, la magnificence de l'édilité, l'exactitude et l'intégrité de la préture, frayaient un chemin sûr au consulat.

On ne pouvait être Questeur qu'à l'âge de vingt-cinq ans; et lorsqu'on avait exercé cette charge, on avait entrée au sénat, quoiqu'on ne fût pas encore sénateur.

La questure fut abolie et rétablie plusieurs fois sous les empereurs. Auguste créa deux préteurs pour avoir soin du trésor public; mais l'empereur rendit cette fonction aux Questeurs, qui l'étaient pendant trois ans. Dans la suite, on établit une autre espèce de Questeurs, qu'on appela *candidats du prince*. Leur fonction était de lire les ordres de l'empereur dans le sénat. Après eux vinrent les Questeurs du palais, charge qui se rapporte à celle de *grand logothète*, sous les empereurs de Constantinople. (M. Guyot.)*

[[QUESTEUR DU CORPS LÉGISLATIF. *V.* l'article *Corps législatif*.]]

* QUESTION. La Question est une torture à laquelle nos ordonnances, et notamment celle de 1670, permettaient aux juges de faire appliquer les accusés, pour les forcer de dire la vérité.

I. Ce moyen si dangereux pouvait autrefois être employé dans deux circonstances différentes.

Il pouvait l'être, lorsqu'il existait contre les accusés de fortes preuves d'un crime *digne de mort*, mais qui n'étaient pas cependant suffisantes pour opérer la certitude

absolue et juridique, qui doit précéder une condamnation à mort. La Question qu'on ordonnait dans ce cas, se nommait *Question préparatoire;* elle est abolie par une déclaration du 24 août 1780, enregistrée au parlement de Paris le 3 septembre suivant, et ainsi conçue :

« Louis..... Les anciennes ordonnances des rois, nos prédécesseurs, avaient toujours adopté l'usage d'appliquer à la Question l'accusé d'un crime constant, et auquel la loi réservait la peine de mort, lorsque les indices étant considérables contre l'accusé, la preuve ne se trouvait cependant pas être suffisante pour lui faire subir cette peine. Par l'article premier du tit. 19 de l'ordonnance du mois d'août 1670, tous juges ont été autorisés à ordonner cette Question, dénommée *Question préparatoire.* Par l'art. 2, ils ont été même autorisés à arrêter que, nonobstant la condamnation à cette Question, les preuves subsisteraient en leur entier, pour pouvoir condamner l'accusé à toutes sortes de peines pécuniaires ou afflictives, excepté toutefois celle de mort, à laquelle l'accusé qui aurait souffert la Question sans rien avouer, ne pourrait être condamné, si ce n'est qu'il survînt de nouvelles preuves depuis la Question. La faculté laissée aux juges d'ordonner, suivant les circonstances, la Question préparatoire, avec ou sans réserve de preuves, a rendu nécessaire de déterminer la place que chacune de ces condamnations devait occuper dans l'ordre des peines, d'autant plus que les jugemens, soit definitifs, soit d'instruction, devant passer à l'avis le plus doux en matière criminelle, si le plus sévère ne prévaut d'une voix *dans les procès qui se jugent à charge de l'appel, et de deux dans ceux qui se jugent* en dernier ressort, il était indispensable de régler, entre ces deux manières de prononcer, laquelle était la plus douce ou la plus sévère. C'est d'après ces considérations que, par l'art. 13 du tit. 25 de la même ordonnance, qui détermine l'ordre des peines, après la peine de la mort naturelle, la Question avec la réserve des preuves en leur entier, a été marquée comme la plus rigoureuse, et que la Question, sans réserve des preuves, n'a été rangée qu'après celle des galères perpétuelles et du bannissement perpétuel, comme étant moins rigoureuse. Nous nous sommes fait rendre compte des motifs qui avaient déterminé à autoriser d'une manière aussi précise l'usage de la Question préparatoire, et nous avons été informés que, lors des conférences tenues préalablement à la rédaction de l'ordonnance du mois d'août 1670, des magistrats recommandables par une grande capacité et par une expérience consommée, s'étant expliqués sur ce genre de Question, auraient déclaré qu'elle leur avait toujours semblé inutile; qu'il était rare que la Question préparatoire eût tiré la vérité de la bouche d'un accusé, et qu'il y avait de fortes raisons pour en supprimer l'usage; et il nous paraît qu'on n'a cédé pour lors qu'à une sorte de respect pour son ancienneté : nous sommes bien éloignés de nous déterminer trop facilement à abolir les lois qui sont anciennes et autorisées par un long usage; il est de notre sagesse de ne point ouvrir des facilités pour introduire en toutes choses un droit nouveau qui ébranlerait les principes, et pourrait conduire, par degrés, à des innovations dangereuses : mais, après avoir donné toute notre attention à l'usage dont il s'agit, avoir examiné tous ses rapports et tous ses inconvéniens, et les avoir balancés avec les avantages que la justice en a pu tirer et qui pourraient en résulter par la suite pour la conviction et pour la punition des coupables, nous ne pouvons nous refuser aux réflexions et à l'expérience des premiers magistrats, qui nous laissent entrevoir plus de rigueur contre l'accusé dans ce genre de condamnation, que d'espérance pour la justice de parvenir, par l'aveu de l'accusé, à compléter la preuve du crime dont il est prévenu; nous ne pensons donc pas devoir différer de faire cesser un pareil usage, et d'annoncer en même temps à nos peuples, que, si, par un effet de notre clémence naturelle, nous nous relâchons en cette occasion de l'ancienne sévérité des lois, nous n'entendons pas toutefois restreindre leur autorité par rapport aux autres voies qu'elles prescrivent pour constater les délits et les crimes, et pour punir ceux qui en seraient dûment convaincus; nous sommes d'ailleurs bien assurés que nos cours, qui sont dépositaires de cette autorité, continueront, à notre exemple, de protéger toujours l'innocence et la vertu.

» A ces causes....., abolissons et abrogeons l'usage de la Question préparatoire. Défendons à nos cours et autres juges de l'ordonner, avec ou sans réserve des preuves, en aucun cas et sous quelque prétexte que ce puisse être ».

II. La seconde circonstance dans laquelle il est encore permis de faire subir la Question à un accusé, est celle où les juges, bien convaincus qu'il a commis un crime pour lequel il est poursuivi, présument qu'il a eu des complices qu'il est important de connaî-

tre, et qu'il s'obstine à ne pas vouloir révéler. Cette Question se nomme *préalable*, et on n'en fait souffrir les douleurs à l'accusé qu'après que son jugement de mort a été rendu.

Plusieurs écrivains célèbres se sont, avant nous, élevés contre ce moyen employé par la force pour faire sortir la vérité du sein des tourmens.

Le peu de succès qu'ont eu d'éloquens discours, de touchantes réflexions, ne nous a point découragés : persuadés que la vérité se fait jour tôt ou tard, nous nous sommes efforcés de démontrer (dans le chap. 2 de nos *Réflexions philosophiques sur la civilisation et sur les moyens de remédier aux abus qu'elle entraîne*) combien il était de la justice du législateur de préserver l'innocence d'un danger d'autant plus effrayant pour elle, qu'en sortant victorieuse des épreuves auxquelles on l'avait soumise, il n'était pas possible aux hommes qui la justifiaient, de faire disparaître, avec leurs funestes soupçons, les douloureux sentimens dont elle était, longtemps encore après, la victime.

« S'il est (disions-nous) d'une bonne législation que le crime ne soit pas impuni, elle ne peut être parfaite qu'autant que ceux qui vivent sous l'empire des lois, sont à l'abri de toute vexation, et encore plus des tourmens, à moins qu'il ne s'élève contre eux une certitude plus que morale qu'ils ont mérité de les éprouver. Dans ces temps de barbarie, où l'on n'avait pas même l'idée du respect attaché aux premières propriétés de l'homme, il n'était pas étonnant que ceux qui attaquaient si légèrement sa vie et sa liberté, ne se fissent pas un scrupule de le livrer à la douleur sur un simple soupçon, pour le forcer à s'avouer coupable du crime dont il était accusé. Un moyen aussi étrange de découvrir la vérité n'a dû être suggéré que par la nécessité de connaître l'auteur d'un forfait qui intéressait la société entière, tel qu'un régicide, une conspiration ou un incendie. Plus les accusés montrèrent de courage et de fermeté dans les tourmens, plus on inventa de cruautés pour surmonter leur constance et pour la terrasser par la douleur. Quelques coupables, qui, après avoir d'abord résisté aux premières attaques de la torture, finirent par s'avouer criminels et par révéler tout ce qu'on voulait apprendre de leur bouche, persuadèrent aux inventeurs de la Question qu'ils avaient fait une découverte bien heureuse. Ils s'applaudirent de l'avoir emporté sur la profonde dissimulation du coupable; ils regardèrent ses aveux comme une victoire sur le crime; ils ne soupçonnèrent même pas qu'ils avaient commencé par commettre une grande injustice, en livrant à la douleur un homme dont le forfait ne leur était pas encore démontré, ou qui n'en était peut-être pas l'auteur; ils ne sentirent pas qu'en forçant un père [illegible] vaincu par les souffrances, à livrer son propre fils aux bourreaux, ou un frère à dénoncer sa sœur, ils mettaient la nature elle-même à la Question; qu'il valait mieux ne pas découvrir un coupable caché, que de devenir soi-même, et ignorer à jamais, un crime incertain que d'en commettre un qui ne le fût pas.

» Aveuglés par la vengeance et une prévention insurmontable, ils ne virent pas que cette lutte de la cruauté ardente contre la patience silencieuse, offrait aux yeux de l'équitable raison un spectacle révoltant. A mesure que les peuples sont sortis de l'abaissement où une férocité stupide les avait plongés, ils ont compris combien il y avait loin de l'apparence à la réalité, et qu'il était déjà trop malheureux qu'aucun individu ne fût à couvert d'un soupçon que le hasard pouvait faire naître, sans qu'il en résultât encore contre lui des condamnations réservées pour le crime même.

» Quoique l'ordonnance de 1670 ait encore autorisé les juges à faire usage de la torture contre les accusés, on ne peut pas se dissimuler que les restrictions que le législateur a cru devoir marquer, n'aient été indiquées par un sentiment de justice susceptible de perfection. Depuis le siècle de Louis XIV, qui était encore plus celui de la bravoure que celui de l'humanité, plus celui des arts que celui de la philosophie, il s'est élevé un cri universel contre un usage qui exposait l'innocence à d'affreux tourmens, les juges à de fatales erreurs, et ne faisait souvent qu'ajouter d'inutiles souffrances à celles au milieu desquelles devait expirer un accusé, qui, quoique jugé criminel, avait encore des droits à la pitié de ses semblables.

» L'éloquence, en mêlant sa voix imposante à cette réclamation générale, a produit un effet salutaire; car ce n'est plus que dans des circonstances bien rares que les juges se permettent d'user d'un moyen que le législateur leur a laissé, mais qu'une raison éclairée semble leur interdire. Cependant, jusqu'à ce qu'une loi positive l'ait absolument proscrit, il est essentiel de développer le véritable sens de celle qui existe, afin que, dans quelques tribunaux éloignés, les juges, en l'interprétant mal, ne se rendent pas encore plus cruels qu'elle ne l'est effectivement ».

D'après ces réflexions préliminaires, nous avions marqué les limites que le législateur avait cru lui-même devoir mettre à l'usage de la Question préparatoire et préalable; nous avions assigné les différences qui existent entre ces deux genres de Question, et celle qu'on nomme *Question avec réserve de preuves*. Ces distinctions sont devenues superflues depuis la déclaration transcrite ci-devant.

Que la France, que l'humanité rendent à jamais grâce au gouvernement qui a effacé de notre législation criminelle ce sujet d'épouvante; et si les réflexions qu'il nous a fournies, si les exemples que nous avons rassemblés, ont, comme nous avons eu plusieurs fois la douceur de nous l'entendre dire, accéléré une réforme aussi salutaire; que cette idée nous console de toutes les peines, de toutes les contradictions que nous pourrions essuyer dans la carrière que nous parcourons.

Avant de parler de la Question préalable, que le législateur a cru devoir encore laisser subsister, nous ne devons pas oublier de dire, pour l'honneur de notre nation, qu'elle n'a fait qu'adopter une invention de l'antiquité. En effet, Aristote nous apprend qu'elle existait chez les Grecs; le Code et le Digeste ne nous permettent pas de douter qu'elle n'ait été souvent mise en usage chez les Romains; il paraît même qu'elle était plus cruelle, et qu'elle avait des effets plus terribles que celle employée dans le ressort du parlement de Paris. C'est ce qui a fait dire à Cicéron : *Dolorem fugientes multi in tormentis mentiti persæpè sunt, moriique maluerunt falsum fatendo quàm inficiando dolore.*

Ce fut surtout contre les premiers chrétiens qu'elle se déploya avec le plus de cruauté. Le fanatisme et l'esprit de persécution les livraient à des tortures dont le récit fait frémir, pour en arracher l'aveu qu'ils conspiraient contre l'Etat ou contre la vie des empereurs.

L'art. 3 du tit. 19 de l'ordonnance de 1670 prononce que, par le jugement de mort, « il » pourra être ordonné que le condamné sera » préalablement appliqué à la Question, pour » avoir révélation des complices ».

L'intention du législateur est claire : ce n'est plus ici pour avoir un nouveau degré de certitude, relativement à la vérité de l'accusation, qu'il autorise le juge à ordonner que l'accusé *sera préalablement appliqué à la Question;* c'est seulement pour parvenir à lui faire révéler le nom de ses complices. Avant de le condamner à cette Question, il faut donc que le juge ait une certitude si physique que l'accusé est criminel et qu'il a mérité la mort, qu'il lui soit indifférent qu'il en fasse l'aveu ou qu'il ne le fasse pas : peut-être devrait-il, par respect pour la loi et pour son propre jugement, ne pas l'exiger et le presser seulement de révéler le nom de ses complices. Jousse observe à cet égard très-judicieusement qu'on ne doit jamais condamner un accusé à la Question préalable, à moins qu'il n'y ait apparence *qu'il y a des complices et que le crime n'a pu être commis par une personne seule.* Et en effet, s'il paraît excusable d'aggraver les douleurs d'un assassin déjà condamné à mort, afin de connaître les meurtriers qui ont, de concert avec lui, attenté à la vie des hommes; si la crainte, très-raisonnable, que ces brigands ne commettent de nouveaux meurtres, semble autoriser à ne pas épargner un homicide que la loi a déjà dévoué au dernier supplice, il y a une inhumanité révoltante à ajouter, sans cet objet, de nouvelles souffrances à celles que doit endurer le criminel avant d'expirer.

Il y a sans doute des moyens plus efficaces que ceux de la torture, pour tirer de la bouche d'un criminel le nom de ses complices. Lorsqu'il est intimement convaincu qu'il va mourir, il est bien rare qu'il reste dans son âme quelque sentiment d'affection pour ceux qui l'ont excité au meurtre, ou qui l'ont aidé à le commettre. Pour peu que le juge emploie de douceur et de persuasion, pour peu d'adoucissement qu'il lui promette, il parvient plus sûrement à connaître ce qu'il lui importe de savoir. Si la vue du ministre de la justice, au lieu d'ouvrir à la confiance l'âme de ce condamné, ne le fait frémir que de haine et de rage, bientôt les exhortations du ministre de la religion, le seul consolateur qui lui reste, le seul qui daigne encore s'occuper de lui, et dans les bras duquel il puisse se jeter, parviennent à le calmer, et le déterminent presque toujours à se réconcilier avec le Dieu de vérité, et à ne pas immoler les espérances qu'on lui donne d'un avenir heureux, au stérile avantage de conserver la vie à des complices qui ne peuvent plus rien pour lui, et auxquels il ne peut pas être lié par un sentiment trop délicat pour prendre naissance dans le cœur des scélérats.

Si l'on pouvait douter de l'insuffisance de la Question dans certains cas, et de son danger dans d'autres, il suffirait de rappeler que Desrues, le criminel Desrues, quoique d'une complexion faible, résista aux efforts du questionnaire, et ne cessa de prendre Dieu à

témoin de son innocence, dans le moment même où il était tout couvert des preuves de ses meurtres et de ses noirceurs; tandis que des accusés, véritablement innocens, plus occupés de se délivrer de la douleur présente que des suites de leurs fausses déclarations, se sont hâtés de s'avouer coupables de crimes qu'ils n'avaient pas commis, et d'en désigner de prétendus complices. C'est ce qui fait dire à Ulpien, loi 1, *de Quæstionibus*, au Digeste : *Res est fragilis et periculosa, et quæ veritatem fallit; nam plerique patientiâ sive duritiâ tormentorum, ità et tormenta contemnunt, ut exprimi eis veritas nullo modo possit; alii tantâ sunt impatientiâ ut quidvis mentiri quàm pati tormenta mallent.*

III. Quoique l'accusation faite par un homme condamné à mort, ne doive pas être d'un grand poids, lorsqu'elle n'est pas appuyée d'autres indices, on n'hésite pas néanmoins à décréter de prise de corps celui sur qui elle tombe, à moins qu'il n'ait une existence très-supérieure au soupçon des crimes. Il serait plus juste et plus raisonnable de ne pas faire dépendre le repos et la liberté d'un honnête domicile, de la simple accusation d'un criminel familier avec le mensonge, et que le dessein de prolonger ses jours de quelques instans, ou de satisfaire sa vengeance, peut porter à la calomnie. Si le criminel qui va périr, n'a pas des motifs assez puissans pour préférer de souffrir plutôt que de révéler ses véritables complices, la force de la douleur peut aussi le contraindre à en dénoncer d'imaginaires, lorsqu'il n'en a point de réels à nommer. Que risque-t-il à calomnier?

Cette considération déterminera peut-être un jour le législateur à abolir même la Question préalable.

IV. Il n'est pas permis aux juges, sous le prétexte de vouloir surmonter la résistance du criminel, de lui faire subir une torture différente de celle qui est usitée dans le ressort du parlement où leur tribunal est situé. Comme l'usage est, dans le parlement de Paris, de donner la Question en faisant souffrir aux membres une extension douloureuse, ou en froissant les jambes avec des brodequins, il fut, le 18 janvier 1697, ordonné aux juges du bailliage d'Orléans de ne plus donner celle de l'*estrapade*, qui était en usage dans leur tribunal, et de n'employer que celle qu'on pratiquait à Paris.

La manière de donner la Question est différente dans presque tous les parlemens du royaume.

Dans celui de Bretagne, on attache le patient sur une chaise de fer; on lui fait présenter ses jambes nues au feu, en les approchant par degrés.

Au parlement de Rouen, on serre le pouce ou un autre doigt, de une jambe de l'accusé, avec une machine de fer, pour la Question ordinaire; on lui comprime les deux pouces pour la Question extraordinaire.

Au parlement de Besançon, on donne la l'estrapade : on lie les bras de patient derrière le dos, et on l'enlève en l'air avec une corde attachée à ses bras, qu'on tire par le moyen d'une poulie et d'un tour; pour la Question extraordinaire, on lui attache de plus un gros poids de fer à chaque pied, et ces poids demeurent suspendus en l'air lorsqu'on élève l'accusé.

Dans d'autres royaumes où la Question n'est pas encore abolie, on a imaginé diverses tortures dont la description nous coûterait autant à faire qu'elle serait pénible à lire. Augeras, dans son traité *de Quæstionibus seu tormentis*, chap. 4, n° 8, rapporte toutes les espèces de Questions usitées en Allemagne. Il paraît que celle dont les Romains se servaient, était le chevalet, *æqualeus*. Sénèque, au livre 22 de ses épîtres, fait mention d'une autre espèce de Question qu'ils employaient.

O hommes! il n'y avait donc déjà pas assez de souffrances attachées à votre malheureuse condition! Vos corps si sensibles n'étaient donc pas déjà livrés par la nature à des douleurs assez aiguës! Vous avez voulu en inventer de nouvelles! Vous avez mis plus d'art et de recherches pour créer des maux étrangers à votre existence, que pour la soulager de ceux qui en sont inséparables. Vous avez calculé les degrés de la sensibilité humaine avec un sang-froid barbare; vous avez recueilli ses cris; vous les avez comparés, afin de pouvoir marquer précisément le terme où votre férocité devait s'arrêter pour ne pas perdre sa victime.

Pour rendre l'homme plus faible contre les efforts de la Question, il y avait des justices où on la faisait subir à jeun à l'accusé. Il y a eu même des criminalistes qui n'ont pas craint de mettre en principe, qu'il fallait *laisser ces misérables un jour sans manger*, afin de pouvoir triompher plus aisément de leur faiblesse. Le réglement que nous venons de citer, ne prescrivant pas de surcroît de tourmens, les juges doivent absolument l'interdire; il est même de leur prudence de le faire, car ils s'exposeraient à être punis, si, en prolongeant trop les tortures, ou en ne les faisant pas suspendre à propos, l'accusé expirait à la Question.

V. Chez les Romains, on appliquait quelquefois les témoins à la Question, pour déclarer ce qu'ils avaient pu voir ou entendre : c'était là le comble de l'injustice et de la tyrannie des empereurs, qui, d'un autre côté, pour se ménager l'attachement et le zèle des soldats contre les simples citoyens, avaient accordé aux gens de guerre le privilége de n'être jamais mis à la Question. En France, la loi n'en exempte que les adolescens, les vieillards décrépits, les hommes valétudinaires, les femmes enceintes, les sourds, les muets et les insensés.

La marquise de Brinvilliers fut condamnée à la Question, par un arrêt du 26 juillet 1676. L'abbé de Saint-Jean-d'Angely, accusé, en 1571, d'être l'auteur de la mort de Charles de France, duc de Guyenne, fut appliqué à la Question. En 1385, on y avait condamné le baron d'Argentone, qui réclama en vain les priviléges attachés à son titre de baron. Jacques Stuart, parent de la reine Stuart, fut, en 1539, exposé au même supplice, sur l'accusation d'assassinat du président Minard. Nous voyons dans le journal de Henri III, que le comte de Montgommeri subit, en 1574, la Question extraordinaire. En 1642, Cinq-Mars, grand écuyer de France, éprouva le même tourment avant de subir son jugement. Despréaux, chevalier de Malte, accusé du crime de lèse-majesté, et condamné à mort en 1674, subit également la Question préalable. Les recueils de la jurisprudence criminelle nous offrent une multitude d'exemples de cette égalité effrayante pour les grandeurs et les dignités.

VI. L'art. 11 du titre cité de l'ordonnance de 1670 veut « qu'après que l'accusé aura été » tiré de la Question, il soit sur-le-champ et » derechef interrogé sur les déclarations et » sur les faits confessés ou déniés ».

L'intention du législateur a été que les faits avoués ou niés par l'accusé, dans l'égarement de la douleur, ne pussent nuire ni au patient, ni à ceux qu'il aurait faussement déclaré ses complices, à moins qu'il ne persistât dans les mêmes déclarations, lorsqu'il aurait été remis en liberté.

Cependant, si, malgré les rétractations du criminel détaché de la Question, il résultait des circonstances et des détails de son aveu, de fortes présomptions que ceux qu'il aurait accusés de complicité, eussent réellement eu part à ses crimes, le juge n'en serait pas moins fondé à approfondir la vérité des faits avoués et déniés; mais ces tergiversations rendant l'accusateur moins croyable, elles devraient également rendre les décrets moins sévères, et inspirer plus de réserve en faveur des accusés.

Lorsqu'une fois l'accusé a été délivré des entraves de la Question, il ne peut, sous quelque prétexte que ce soit, y être exposé de nouveau. L'art. 11 de l'ordonnance le défend expressément.

En voilà trop, sans doute, sur un mot dont nous perdrons un jour, avec le temps, jusqu'au souvenir. (M. DE LACROIX.) *

[[Le souvenir n'en est pas encore effacé; mais la chose n'existe plus. Par l'art. 24 de la loi du 9 octobre 1789, *l'usage de la Question* a été *aboli dans tous les cas.*]]

[[QUESTION D'ÉTAT. On appelle ainsi toute contestation dans laquelle il s'agit de l'état des hommes, c'est-à-dire, de savoir si telle personne est libre ou esclave, si elle est française ou étrangère, si elle jouit de la vie civile ou si elle est morte civilement, si elle est mariée ou non, si elle est née de tel père et de telle mère, etc.

§. I. *Des tribunaux auxquels appartient la connaissance des Questions d'état.*

I. Le Code civil porte, art. 326, que « les » tribunaux civils sont seuls compétens pour » statuer sur les réclamations d'état ».

Et il ajoute, art. 327, que « l'action crimi- » nelle contre un délit de suppression d'état » ne pourra commencer qu'après un juge- » ment définitif sur la Question d'état ».

Marie-Anne Jourdain ayant fait inscrire comme son fils, sur les registres de l'état civil, un enfant qui devait le jour à une autre femme, une plainte en faux a été portée contre elle devant la cour de justice criminelle et spéciale du département du Calvados, et, par arrêt du 10 novembre 1808, cette cour s'est déclarée compétente pour en connaître. Mais cet arrêt, ayant été soumis à la cour de cassation, a été cassé, en ces termes, le 25 du même mois, au rapport de M. Carnot :

« Vu les art. 326 et 327 du Code civil;

» Et attendu que, si le fait imputé à Marie-Anne Jourdain, d'avoir fait inscrire sur les registres de l'état civil, un enfant étranger, comme étant provenu de ses œuvres, constitue le crime de faux, comme ayant pour objet et devant avoir pour résultat, d'opérer une filiation autre que celle de la nature, et conséquemment une suppression d'état, il n'en résulte pas que la prévention d'un pareil crime puisse être porté, sans intermédiaire et sans préalable, au jugement de la cour spéciale; qu'il résulte en effet des art. 326 et 327

du Code civil, que l'action publique, en matière de suppression d'état, ne peut être exercée, que quand il a été statué civilement et définitivement sur la Question d'état; que ces articles étant conçus dans des termes généraux et absolus, reçoivent application à la partie publique comme à la partie civile, et qu'ils s'appliquent même d'une manière plus particulière et plus spéciale à la partie publique, qui a seule le droit d'exercer et de poursuivre l'action criminelle;

» Que, du moment donc que, dans l'espèce, il n'avait pas été statué au civil sur la Question d'état qui naissait naturellement de l'acte argué de faux, la cour de justice criminelle spéciale du département du Calvados devait se déclarer incompétente quant à présent; que s'étant, au contraire, retenu la connaissance, l'instruction et le jugement de l'affaire, elle a ouvertement violé les dispositions des articles cités du Code, et par cela même, commis un excès de pouvoir;

» La cour, par ces motifs, casse et annulle l'arrêt rendu le 10 de ce mois, par la cour de justice criminelle spéciale du département du Calvados, contre ladite Jourdain.....».

Il avait été rendu précédemment et il a été rendu depuis plusieurs arrêts semblables, qui sont cités aux mots *Naissance* (*acte de*), §. 11, et *Supposition de part*, §. 1.

II. Les tribunaux de commerce sont-ils compétens pour prononcer sur les Questions d'état?

Par exploit du mois de frimaire an 9, le sieur Delécluse, porteur d'un billet à ordre de 645 francs, souscrit par le sieur Gaumont, et protesté faute de paiement, fait assigner le sieur Morel devant le tribunal de commerce de Bruges, pour se voir condamner, comme mari d'Elisabeth Renouf, veuve du sieur Gaumont, et commune en biens avec lui, comme elle l'avait été avec son premier époux.

Pour toute réponse à cette assignation, le sieur Morel nie qu'il soit marié à Elisabeth Renouf.

En conséquence, jugement du tribunal de commerce qui admet le sieur Delécluse à prouver le mariage mis en dénégation.

Le sieur Delécluse, en exécution de ce jugement, rapporte plusieurs pièces dont le résultat est que les sieurs Morel et Elisabeth Renouf sont mariés. Il produit même l'acte de leur mariage.

Le sieur Morel n'en persiste pas moins à soutenir qu'Elisabeth Renouf n'est pas sa femme; et il demande son renvoi devant le tribunal civil de son domicile.

Le 23 mai 1806, jugement définitif par lequel le tribunal de commerce, sans avoir égard à la demande en renvoi du sieur Morel, le condamne au paiement du billet.

Le sieur Morel se pourvoit en cassation; et, par arrêt du 13 juin 1808, au rapport de M. Schwendt,

« Vu l'art. 9, tit. 12, de l'ordonnance de 1673, portant: *connaîtront pareillement de nos lettres, lorsqu'elles seront incidentes aux affaires de leur compétence*, POURVU QU'IL NE S'AGISSE PAS DE L'ÉTAT OU QUALITÉ DES PERSONNES;

» Considérant que les attributions des différentes juridictions sont d'ordre public, et que leurs limites ne peuvent être dépassées;

» Et attendu 1° que, dans la cause, il s'est agi de l'état et qualité de personnes, puisque la qualité d'Elisabeth Renouf, soit comme veuve de Gaumont, soit comme femme du demandeur, a été contestée;

2° Que l'action dirigée contre le demandeur, à raison de la prétendue communauté existante entre lui et Elisabeth Renouf, qui elle-même n'était poursuivie qu'à raison de pareille communauté qui a dû exister entre elle et Gaumont, débiteur originaire, n'est qu'une action civile dont la connaissance appartient aux tribunaux ordinaires;

» Et qu'enfin, dans tout le cours du procès jusqu'au jugement définitif, le demandeur a décliné la juridiction du tribunal de commerce;

» La cour casse et annulle.....».

Cet arrêt a été rendu, comme on le voit, sur une affaire née et sur des jugemens intervenus sous l'empire de l'ordonnance du mois de mars 1673; et l'on voit aussi que l'art. 9 du tit. 12 de cette loi ne permettait pas à la cour de cassation de juger autrement.

Doit-on encore juger de même depuis la publication du Code de commerce?

Oui, car la même disposition se trouve dans l'art. 426 de ce Code, rapportée aux mots *Reprise d'instance*, n° 5.

III. Mais que déciderons-nous par rapport aux justices de paix?

Cette Question n'est pas facile à résoudre.

D'un côté, on peut dire qu'aux termes de l'art. 326 du Code civil, *les tribunaux civils sont seuls compétens pour statuer sur les réclamations d'état*; que cet article ne distingue pas entre les réclamations d'état principales et les réclamations d'état incidentes; que, dès-lors, les justices de paix ne peuvent pas plus connaître de celles-ci que de celles-là.

Mais on peut répondre 1° que l'article cité du Code civil ne parle des tribunaux civils que par opposition aux tribunaux criminels; qu'il n'a pour objet que de réformer la jurisprudence qui précédemment autorisait la réclamation d'état par la voie criminelle; et que cela résulte de l'article suivant, qui porte : *l'action criminelle contre un délit de suppression d'état, ne pourra commencer qu'après le jugement définitif sur la Question d'état;* 2° que ces deux articles étant placés sous la rubrique *des preuves de la filiation des enfans légitimes*, on ne peut les appliquer qu'aux réclamations d'état d'enfans légitimes, qu'aux délits de suppression d'état d'enfans légitimes; 3° que le premier de ces articles ne déroge pas, pour les autres Questions d'état, à la règle générale, suivant laquelle tout juge compétent, pour statuer sur une demande, l'est, par-là même, pour statuer sur les Questions incidentes auxquelles cette demande donne lieu, quoique d'ailleurs ces Questions soient hors de sa compétence, lorsqu'elles sont proposées principalement.

On peut ajouter que cette règle générale a lieu même dans les Questions d'état, et que cela est ainsi décidé formellement par deux textes du droit romain.

Toutes les fois, dit la loi 3, C. *de judiciis*, qu'incidemment à une Question de propriété, il s'élève une Question d'état, le juge saisi de la première doit également connaître de la seconde, quoique d'ailleurs la connaissance des Questions d'état lui soit interdite : *Quoties Quæstio statûs bonorum disceptationi occurrit, nihil prohibet quominùs apud eum qui alioquin super causâ statûs cognoscere non possit, disceptatio terminetur.*

La loi 1, C. *de ordine judiciorum*, confirme et développe cette décision. Adressez-vous, dit-elle, au président de la province, et prouvez devant lui que le testament dont vous vous plaignez, a été rompu par la naissance subséquente d'un fils du testateur : *Adite præsidem provinciæ et ruptum esse testamentum Fabii præsentis agnatione filii docete;* car bien que les Questions d'état soient hors de la sphère de sa juridiction, il ne lui sera pas pour cela défendu de prononcer sur la Question d'état qui s'élèvera devant lui incidemment à votre demande : *Neque enim impedit notionem ejus quod statûs Quæstio in cognitionem vertitur, etsi super statûs causâ cognoscere non possit;* car il appartient au juge saisi de la connaissance de l'hérédité, d'examiner, dans toute son étendue, la Question incidente à laquelle l'objet de la demande donne lieu; et la raison en est, qu'en dernière analyse, ce n'est pas sur cette Question incidente, mais sur l'hérédité seule qu'il prononce : *Pertinet enim ad officium judicis qui de hereditate cognoscit, universam incidentem Quæstionem quæ in judicium devocatur, examinare, quoniam non de eâ, sed de hereditate pronuntiat.*

Ces lois ne lèvent cependant pas toute la difficulté; et l'on trouve, même dans les fastes de l'ancienne jurisprudence, des décisions avec lesquelles il est difficile de les concilier.

Tel est notamment le décret du conseil privé de Bruxelles, du 16 mars 1775, qui est rapporté au mot *Légitimité*, sect. 4, §. 3, n° 4.

Telle est encore la réponse que fit M. le chancelier de Pontchartrain, le 11 juillet 1701, à la consultation d'un président du parlement de Toulouse sur la forme de procéder au jugement des appels comme d'abus (matière dont on sait que les grand'chambres connaissaient exclusivement aux chambres des enquêtes), et qui est ainsi conçue :

« Les appelations comme d'abus qui ne sont qu'incidentes, suivent naturellement les instances principales; en sorte que, si la cause principale est à l'audience, l'appel comme d'abus doit y être aussi porté; et l'on doit plaider en même temps sur l'une et sur l'autre.

» Si, au contraire, l'instance principale est appointée, l'appel comme d'abus interjeté incidemment, doit être réglé et joint à l'instance par un réglement qui s'arrête au parquet, avec les gens du roi, ou qui se reçoit sur leur avis à l'audience de la grand'chambre, quand même l'instance principale serait conclue aux enquêtes.

» Il y a cependant des appellations comme d'abus, qui, quoique incidentes à des procès par écrit, doivent être regardées comme principales, et qui, par cette raison, ne doivent pas être jointes au procès par écrit, parceque le jugement du procès dépend, en ce cas, de l'événement de l'appel comme d'abus.

» Si, par exemple, dans un procès pendant aux enquêtes, où les enfans d'un défunt sont parties, on s'avisait de leur contester leur état, et d'interjeter appel comme d'abus de la célébration du mariage de leur père, cet appel, qui, dans une autre affaire, ne serait qu'un incident, deviendrait nécessairement le principal; et il faudrait, en ce cas, suspendre le jugement du procès pendant aux enquêtes, porter l'appel comme d'abus à la

grand'chambre et le faire juger préalablement ». (*Recueil judiciaire du parlement de Toulouse*, tome 2, page 587, édition de 1783).

On peut ajouter, pour ce qui concerne les justices de paix, qu'il y a contre elles les mêmes raisons que contre les tribunaux de commerce; qu'elles ne forment, comme ceux-ci, que des tribunaux d'exception; qu'on ne peut donc pas supposer au législateur l'intention de confier aux unes, relativement aux Questions d'état, un pouvoir qu'il a expressément refusé aux autres.

Voilà le pour et le contre. Mais saisissons bien l'objet de la controverse, et nous verrons toutes les difficultés s'évanouir.

Il y a, pour un tribunal quelconque, comme on le verra plus au long dans le §. suivant, deux manières de connaître incidemment d'une Question d'état. Il en connaît lorsque, sur des conclusions prises incidemment à une demande principale qui a un tout autre objet, il déclare formellement par le dispositif de son jugement, que l'état contesté à l'une des parties, est ou n'est pas le sien; et il en connaît aussi lorsque l'une des parties déniant à l'autre, par forme d'exception, l'état qu'elle s'attribue et faute duquel elle serait sans qualité pour agir ou se défendre, mais ne prenant point de conclusions à ce qu'il soit dit que tel il est point son état, il se borne à énoncer, dans les motifs de son jugement, que cette exception est ou n'est pas fondée, et ne statue par le dispositif que sur l'objet direct et principal du procès.

Ici, de quoi s'agit-il? De savoir si un tribunal de paix peut, lorsqu'une Question d'état s'élève incidemment devant lui, statuer sur les conclusions qui sont prises par l'une des parties, à ce qu'il la décide en termes exprès par le dispositif de son jugement? Non. Il est trop évident que, par cela seul qu'il n'est qu'un tribunal d'exception, il excéderait ses pouvoirs, s'il prononçait sur une Question d'état d'une manière qui, tant que son jugement ne serait pas réformé ou annulé, empêcherait de la reproduire devant les tribunaux ordinaires, à qui seuls en appartient la véritable décision.

La controverse porte donc tout entière sur ce seul point : un tribunal de paix qui ne peut pas statuer sur les conclusions prises incidemment devant lui, à ce qu'une Question d'état soit décidée par le dispositif de son jugement, peut-il néanmoins, lorsqu'elle n'est élevée dans une cause de sa compétence que par forme d'exception et sans qu'il soit pris de conclusions dont elle soit l'objet direct, en connaître à l'effet de motiver son jugement d'une manière qui énonce comment il la déciderait, s'il en était saisi par des conclusions *ad hoc* et qu'il fût compétent pour y faire droit?

Or, réduit à ces termes, le problême est nettement résolu pour l'affirmative par les deux lois romaines qui sont transcrites plus haut; et la raison qu'en donne la deuxième est péremptoire : c'est que le tribunal compétemment saisi d'une action principale, incidemment à laquelle il s'élève une Question d'état qui excède les bornes de sa compétence, ne prononce que sur l'action principale, et laisse la Question d'état entière.

Qu'importe que les tribunaux de commerce soient tenus, même en pareil cas, de renvoyer devant les juges ordinaires pour statuer préalablement sur l'exception relative à la Question d'état? En le réglant ainsi, l'ordonnance de 1673 et le Code de procédure n'ont pas dérogé au principe général que les juges d'attribution peuvent, comme les tribunaux ordinaires, connaître, dans le sens que nous venons d'indiquer, des Questions d'état élevées devant eux par forme d'exception; ces lois ne l'ont ainsi réglé que parce qu'elles ont considéré les juges commerciaux comme le plus souvent dépourvus des lumières qu'exige l'examen de pareilles questions; et l'on ne peut pas en dire autant des juges de paix, dont les fonctions multipliées présupposent beaucoup plus de connaissances.

On objecterait inutilement qu'à l'instar des tribunaux de commerce, les juges de paix sont, par l'art. 15 de la loi du 6-27 mars 1791, déclarés incompétens pour connaître des faux incidens.

D'abord, c'est précisément parceque cette loi assimile les juges de paix aux tribunaux de commerce par rapport aux faux incidens, et qu'il ne les leur assimile pas par rapport aux Questions d'état incidentes, qu'ils rentrent, en ce qui concerne ces Questions, dans la règle générale suivant laquelle tout juge compétent pour statuer, par le dispositif de son jugement, sur une action principale, l'est de plein droit pour connaître indirectement et de la manière que nous venons de l'expliquer, des Questions d'état qui s'élèvent incidemment à cette action.

En second lieu, si un juge de paix pouvait connaître d'une inscription de faux incident, ce ne serait pas seulement par les motifs de son jugement qu'il devrait énoncer l'opinion qu'il s'en est formée : il devrait encore déclarer, en termes exprès, par son dispositif,

que la pièce arguée de faux, est fausse ou ne l'est pas; car une inscription de faux est nécessairement accompagnée de conclusions qui tendent à cette fin; au lieu que, dans notre hypothèse, il n'y a point de conclusions prises à ce qu'il prononce, par le dispositif de son jugement, sur la Question d'état élevée incidemment devant lui.

Troisièmement, la disposition de la loi du 6-27 mars 1791 doit si peu être tirée à conséquence, pour les Questions d'état élevées incidemment et par forme d'exception seulement devant les juges de paix, qu'elle n'est même pas applicable (comme on peut le voir aux mots *Inscription de faux*, §. 7) aux inscriptions de faux incident qui sont formées dans les matières de douanes.

Plus inutilement opposerait-on que, par le décret du conseil privé de Bruxelles, du 16 mars 1775, dont il est parlé plus haut, un arrêt de la cour féodale de Brabant, tribunal de pure attribution, qui, incidemment à une demande en revendication de biens, avait statué sur l'état de la fille du prince T'Serclaes-Tilly, a été annulé comme incompétemment rendu. De quelle manière la cour féodale de Brabant avait-elle statué sur l'état de cette fille? Y avait-elle statué directement et par le dispositif de son arrêt? Ou l'état de cette fille n'était-il entré que dans ses motifs? C'est ce que l'on ignore. On ne peut donc tirer ici aucun argument du décret cité.

Enfin, que peut-on conclure de ce que, par la lettre de M. le chancelier de Pont-Chartrain, du 11 juillet 1701, il était dit que, si, dans un procès pendant devant une chambre des enquêtes (c'est-à-dire, devant une chambre incompétente pour connaître d'un appel principal comme d'abus) où les enfans d'un défunt seraient parties, on contestait incidemment leur état, et qu'à l'appui de cette contestation, on interjetât appel comme d'abus de la célébration du mariage de leurs père et mère, la chambre des enquêtes devait surseoir au jugement du procès dont elle était saisie, jusqu'à ce que la grand'chambre eût prononcé sur cet appel? Remarquons bien qu'en appelant comme d'abus de la célébration d'un mariage, on ne pouvait pas se borner à opposer la nullité de ce mariage par forme de simple exception, et que l'on devait nécessairement conclure directement à ce que le mariage fût déclaré abusif et nul par le dispositif de l'arrêt à intervenir.

Ainsi, que l'on argumente de cette lettre pour dire que, si, en élevant devant un juge de paix une Question d'état incidente à une cause de sa compétence, on prenait des conclusions précises à ce qu'il tranchât cette question par le dispositif de son jugement, le juge de paix serait incompétent pour y statuer, à la bonne heure. Mais à coup sûr, il n'en résulte pas que le juge de paix soit incompétent pour connaître d'une pareille Question au seul effet d'énoncer dans les motifs de son jugement, le résultat de l'examen qu'il en a fait.

IV. Les tribunaux criminels peuvent-ils connaître des Questions d'état élevées incidemment devant eux, non pas sans doute à l'effet de les décider formellement par les dispositifs de leurs jugemens, mais à l'effet d'apprécier la moralité et de graduer la criminalité des faits dont sont convaincus les accusés traduits devant eux?

Cette Question doit évidemment se résoudre par les mêmes principes que la précédente; et c'est ainsi en effet que l'a implicitement résolue un arrêt de la cour de cassation, du 27 novembre 1812, rapporté au mot *Parricide*, n° 3. On peut encore voir là-dessus l'article *Bigamie*, n° 2.

V. On trouvera à l'article *Légitimité*, sect. 4, §. 3, n° 3, une Question fort importante sur la compétence des juges ordinaires en matière de Questions d'état.

VI. Le tribunal qui n'est pas compétent pour connaître des Questions d'état, excède-t-il son pouvoir, lorsque, sur l'assertion du défendeur appuyée d'indices graves, que le demandeur n'est pas la personne sous le nom de laquelle il se présente, il ordonne à celui-ci de prouver son état par la présentation de son acte de naissance?

Voici une espèce dans laquelle cette Question s'est élevée devant la cour supérieure de justice de Liége.

Le sieur D.... avait confié au sieur M..., négociant en la même ville, des acceptations en blanc.

Le sieur M... étant tombé en faillite peu de temps après, le sieur D.... s'empressa de lui demander l'état de toutes les traites acceptées par lui en blanc, qu'il avait mises en circulation. Cet état fut remis au sieur D... qui acquitta toutes les traites que le sieur M... y avait portées. Le sieur M... lui déclara d'ailleurs qu'il ne lui en restait plus d'autres.

Bientôt cependant d'autres effets qui avaient été acceptés en blanc par le sieur D..., furent remplis et mis en circulation; et un porteur dont l'état et le nom étaient également inconnus, se présenta pour en recevoir le paiement.

Le sieur *D...*, assigné, sur son refus de les payer, devant le tribunal de commerce de Bruxelles, se défendit en opposant des exceptions de dol; et les faits sur lesquels il fonda ces exceptions, parurent si concluans, que le tribunal ordonna que l'acceptation et la signature du sieur D... seraient bâtonnées au greffe et que les billets lui seraient remis en cet état.

En 1817, époque où le sieur D... avait transféré son domicile à Liége, deux billets du même genre que les précédens, lui furent présentés; et il opposa pour défense les moyens qui avaient déjà triomphé à Bruxelles. Il argumentait principalement

1° De ce que la date de ces billets remontait à 1813, et *que l'échéance ne devait avoir lieu qu'en 1817*;

2° De ce que le timbre *était français*, ce qui expliquait le motif de l'antidate;

3° De ce que l'écriture de l'acceptation et celle du sieur M..., *tireur*, étaient fort anciennes, et que celle du corps du billet paraissait au contraire *fort nouvelle*;

4° De ce que la valeur était énoncée en livres tournois, tandis que l'usage de la monnaie décimale était général en 1813;

5° De ce que les effets étaient datés d'un lieu où le tireur n'avait jamais été domicilié;

6° De ce que le domicile de l'accepteur était indiqué à Liége, tandis qu'en 1813, il habitait Bruxelles, et qu'il était impossible de prévoir, alors, qu'un jour il résiderait dans la première de ces villes.

Attérés par ces moyens, les porteurs se désistèrent purement et simplement, et les effets furent restitués au sieur B..., après avoir été bâtonnés au greffe.

En avril 1822, parurent deux nouvelles traites, l'une de 1500 livres tournois, l'autre de 600 florins de Brabant, toutes deux datées de 1813, et toutes deux échéant en 1822, à neuf ans d'intervalle. Le porteur prenant le nom de G..., les fit protester faute de paiement, et assigna le sieur D... devant le tribunal de commerce de Liége.

Le sieur D... répondit, comme il l'avait fait les deux fois précédentes, que les traites dont il s'agissait, n'étaient parvenues entre les mains du soi-disant G... que par le résultat des plus coupables manœuvres; et conclud à ce que celui-ci, homme inconnu et contre lequel s'élevaient des présomptions graves, fût tenu de *se qualifier*.

Jugement par lequel,

« Considérant que le sieur D... excipe qu'il ne doit rien et n'a jamais rien dû au sieur M..., prétendu tireur des effets dont il s'agit; qu'il n'a signé l'acceptation de ces billets que confidentiellement et en blanc, et que ce n'est que par un abus de confiance, par dol, fraude, et même à l'aide d'un faux, que lesdits effets se trouvent en circulation;

» Considérant que d'autres effets de même nature, *et venant de la même source*, ont déjà été bâtonnés d'autorité de justice, comme étant mis en circulation par dol et fraude, et que les porteurs ont dû les abandonner et se désister du paiement qu'ils réclamaient; circonstance qui, indépendamment de celle que les traites dont il s'agit, sont payables à plus de 9 ans de date, que le corps en est écrit d'une autre main et d'une autre encre que celle de la signature du tireur, élèvent les soupçons les plus graves contre le porteur et son cédant, dont la qualification personnelle n'est jusqu'ici nullement établie;

» Considérant que, dans cet état de choses, il est du devoir du juge, pour éclairer sa religion, de s'entourer de tous les moyens propres à favoriser la découverte de la vérité, et d'ordonner une instruction telle que la nature de l'opération puisse être pleinement approfondie;

» Par ces motifs, et avant faire droit, le tribunal ordonne que les deux traites dont il s'agit, seront déposées au greffe, et ordonne en outre au sieur G..., *porteur, de qualifier sa personne*, par la production en forme de son acte de naissance ».

Le porteur appelle de ce jugement, et tout en l'arguant de mal jugé au fond, il soutient qu'il a été rendu incompétemment, parceque les tribunaux de commerce ne peuvent connaître de la qualité des personnes.

Mais par arrêt du 22 avril 1823,

« Attendu que les premiers juges ont trouvé dans les actes et les circonstances de la procédure, des indices de fraude et de dol, qui pesaient à la fois et sur l'appelant et sur son prétendu endosseur;

» Que, dès-lors, ils ont dû, comme il l'ont exprimé, chercher à s'entourer de tous les moyens qui pouvaient éclairer leur conscience; que c'est dans ce but qu'ils ont ordonné à l'appelant, par avant faire droit, de produire son acte de naissance;

» Attendu qu'en ce faisant, ils n'ont point excédé les bornes de leur compétence;

» Par ces motifs, et en adoptant ceux du tribunal *à quo*,

» La cour met l'appellation au néant... (1) ».

(1) Annales de jurisprudence, par M. Sanfourche-Laporte, année 1823, tome 1er, page 468.

§. II. *Le jugement qui prononce sur une Question d'état élevée incidemment dans un procès, a-t-il la même autorité de chose jugée que s'il était rendu sur une action dont cette Question serait l'objet direct et principal?*

Le célèbre commentateur de la coutume de Bretagne, d'Argentrée, dans ses *avis sur les partages des nobles*, chap. 29, établit d'abord, d'après d'autres jurisconsultes, dont l'opinion sera discutée dans le paragraphe suivant, que les jugemens rendus sur des Questions d'état avec de légitimes contradicteurs, font la loi aux tiers ni plus ni moins qu'aux parties entre lesquelles ils ont prononcé. Puis, il ajoute: « Et encore pour avoir et » acquérir un jugement de telle conséquence, » il faut qu'il soit donné sur la querelle de » l'état ou du gouvernement principalement, » et, comme ils disent, *à part soi*. Car s'il » était donné incidemment sur un procès où » il fût question d'autre chose que d'état, cela » ne ferait pas semblable conséquence contre » autrui ni contre la partie même, et ne s'en- » suivrait aucun effet, ni pour autres parties, » ni pour autre procès que celui qui aurait » été jugé, et entre les mêmes parties ».

En laissant de côté, pour le moment, ce qui, dans cette proposition, est relatif aux tiers, et en la restreignant aux parties entre lesquelles a été jugée incidemment une Question d'état, cherchons avant tout à en bien fixer le sens.

D'Argentrée veut-il dire que, si, par exemple, sur une demande formée par un soi-disant enfant légitime, contre ses prétendus frères et sœurs, en partage de la succession de leur père commun, *il intervenait un jugement* qui, d'après des conclusions expressément posées à cet effet par ceux-ci, le déclarerait illégitime et par suite non-recevable dans cette demande, ce jugement n'aurait pas contre lui l'autorité de la chose jugée dans toutes les autres causes où il chercherait à remettre sa légitimité en question?

Ou veut-il seulement dire que, si, dans l'hypothèse que l'on vient de proposer, les défenseurs avaient fait de l'illégitimité du demandeur en partage, non un chef de conclusion précises à ce qu'il fût déclaré illégitime, mais seulement une exception, un moyen de défense contre sa demande, le jugement qui aurait rejeté sa demande, ne produirait en leur faveur une exception de chose jugée que relativement à la succession paternelle, et qu'il n'empêcherait pas celui contre lequel il aurait prononcé, de faire juger de nouveau son état avec ses prétendus frères et sœurs?

Pour saisir exactement la pensée de ce jurisconsulte, il faut le suivre lui-même dans l'application qu'il en fait.

Son objet est de déterminer l'effet qu'avaient produit, par rapport à la qualité de noble ou de roturier, les jugemens que des commissaires préposés à la recherche des droits de francs-fiefs, avaient rendus, en 1551, sur les réclamations de prétendus roturiers, possesseurs de biens féodaux, qui, poursuivis en paiement d'une *composition* substituée par grâce à la peine de *commission* ou *confiscation* qu'ils avaient encourue pour avoir acquis ces biens sans la permission du prince, *se défendirent de leur qualité de noblesse, obtinrent jugemens desdits commissaires qui les déclarèrent nobles et non sujets à ladite commission ni composition.*

De ces termes *qui les déclarèrent nobles*, il résulte clairement que ces prétendus roturiers ne s'étaient pas bornés à exciper de leur prétendue noblesse pour repousser la demande des agens du fisc, mais qu'ils avaient pris des conclusions à ce qu'elle fût expressément reconnue et déclarée par les commissaires; et qu'en effet ceux-ci l'avaient consacrée par les dispositifs de leurs jugemens.

Ces jugemens rentraient donc dans la première des hypothèses que l'on vient de proposer; et cependant d'Argentrée décide qu'ils ont bien l'autorité de la chose jugée, quant à la décharge des taxes réclamées contre ceux qui les ont obtenus, mais qu'ils ne l'ont pas, quant à la qualité de noble qu'ils leur attribuent.

Entend-il par-là décider qu'en thèse générale, un jugement rendu incidemment sur une Question d'état et qui la juge formellement par son dispositif d'après des conclusions prises à cet effet, ne forme pas obstacle à ce que cette Question soit renouvelée dans une autre instance entre les mêmes parties?

Non, c'est une raison particulière qui lui dicte cette décision: « Les commissaires (dit-» il) étaient ordonnés pour faire la taxe des » roturiers tenant fiefs nobles, ni autre puis- » sance avaient-ils, ni leçon que le texte de » leur commission, ni pouvoir que d'icelle; » et si, par exception et en défense, aucun » mettait sa qualité en avant, et pour véri- » fier sa qualité de tenir fiefs, et se défendre » de n'encourir la peine indictée, il était rai- » sonnable de les y recevoir; mais advenant » qu'ils la vérifiassent, c'était aux commis- » saires de prononcer sur l'action du procu- » reur du roi prétendant qu'ils fussent taxés.

» et ce faisant, les absoudre de la taxe, leur » qualité se trouvant vérifiée, non pas de » prononcer sur l'exception du défendeur, » qui consistait en la noblesse, attendu que » la Question d'état n'était qu'incidente, et » non pas principale ni principalement pour- » suivie. Car il n'était pas question de faire » une réformation de la noblesse; mais de » juger qui était ou n'était pas sujet à la taxe; » et la noblesse n'était qu'arme défensive » contre les coups de l'ordonnance du duc » Pierre, et confiscation convertie en com- » position ».

Ici, l'auteur revient à son principe que *la prononciation qui se fait sur un incident, ne saurait emporter effet ni conséquence, sinon celle qui s'agit pour le cas particulier et à même fin et entre les mêmes parties. Car* (continue-t-il) *si, outre cela, il se fait par conséquence aucune importance hors le cas particulier, la prononciation qui se fait sur un tel incident, n'emporte rien de plus que ce qui a été jugé, et comme il a été jugé, et à la même fin, et au préjudice des mêmes parties, moins en matière de commission, en laquelle les juges ont puissance bornée et arrêtée aux termes de leur commission, et non plus. Et partant ne peuvent juger, soit principalement, soit par conséquence, autre chose que ce qui leur est commis : et pour ainsi en ladite commission il y aurait faute d'autorité et de charge pour prononcer sur l'état, n'étant commis que pour le jugement de la contravention de ladite ordonnance.*

Puis, il se fait une objection. Il est bien vrai, dit-il, que, suivant Bartole, Balde, Alexandre et Paul de Castro, *ce qui est jugé et arrêté par voie d'exception, ne se peut ni doit remettre en connaissance de cause, quand il en a été pleinement connu* PER VIAM EXCEPTIONIS.

Et voici sa réponse. « Tout cela s'entend » quand il a été connu à plein fond de l'ex- » ception et pourvu que l'on veuille rappe- » ler en question à même fin et intention; » mais s'il était question d'autre fin aussi » principale que celle qui a été jugée, infail- » liblement elle pourrait remettre et rappe- » ler en connaissance, pour être jugée à » autre fin. Comme au cas de présent, qui » voudrait rappeler l'un de ceux qui rem- » portèrent jugement à leur profit pardevant » les commissaires, pour payer les francs- » fiefs, comme roturiers et incapables, » qu'est même fin à laquelle il fut jugé, il » aurait par aventure matière de s'en défen- » dre, et dire qu'il a été jugé. Car encore » qu'il ne fût jugé que par incidence et pour » l'effet de la composition, toutefois il en » fut connu. Mais si du jourd'hui était ap- » pelé un de ceux-là à payer les fouages ou » les tailles ou autres fins aussi principales » que fut celle de ladite composition, il » est sans doute qu'il faudrait qu'il en ré- » pondît, *nec obstaret exceptio rei judica- » tæ;* qui est la résolution de tous ceux qui » ont été allégués ci-dessus, *quod judicatum » per viam exceptionis, non parit præjudi- » cium agenti posteà viâ actionis ad alium » finem æquè principalem.* Et est hors de » propos, par une incidence, de vouloir con- » clure résolution pour un effet principal » d'état, et d'un membre vouloir juger le corps. » Être exempt de la composition de l'or- » nance du duc Pierre, est un exploit ré- » sultant de l'état de noblesse; mais ce serait » bien mal conclure pour avoir été prononcé » sur un simple exploit et particulier, de » vouloir inférer l'état avec tous ses autres » effets. Quiconque est noble, n'est tenu ni » aux fouages ni aux tailles. Mais celui le- » quel étant appelé pour la composition, » fait juger qu'il n'en doit point, n'emporte » jugement qui fasse droit sur sa qualité, » combien qu'il en dépende; tellement que, » s'il est appelé après pour le fouage ou au- » tres devoirs roturiers, il s'en puisse défen- » dre, *veluti de re judicatâ:* car il n'a pas » sentence sur l'état, mais sur la composi- » tion; au lieu que, s'il l'a sur l'état, il l'a » sur tous les actes qui en dépendent, *cùm » de jure personæ in universum est pronun- » tiatum.* Ce qui ne pouvait être jugé par » commissaires, la puissance desquels était » bornée pour juger de la contravention de » l'ordonnance et de la composition qui en » dépendait, *non pas sur l'état personnel* » de ceux qui y étaient appelés. Car du juge- » ment d'état, il restait qu'ils fussent en tout » exempts de fouages, tailles, corvées et » autres devoirs roturiers, toutes choses loin » et hors de puissance desdits commissaires » qui n'avaient qu'un acte particulier à ju- » ger, duquel l'état personnel ne peut être » inféré ».

De ces développemens donnés par l'auteur à son assertion prise dans le premier des deux sens que nous avons signalés (c'est-à-dire, comme signifiant qu'un jugement qui, ayant à statuer sur une Question d'état élevée incidemment, la décide expressément et par son dispositif, d'après des conclusions prises *ad hoc*), il résulte évidemment qu'il ne l'applique qu'au cas où ce jugement est émané d'un tribunal qui, limité à certaines attributions, est sans pouvoir pour connaître

de l'état des personnes, cas tout-à-fait particulier et sur lequel nous reviendrons ci-après, §. 3, art. 2, n° 6.

Mais voyons comment il s'explique, en passant de ce cas à celui où un pareil jugement a été rendu par un tribunal ordinaire.

« Autre chose (dit-il) pourrait être débattue, si les jugemens avaient été rendus par » les juges ordinaires fondés en connaissance » sur la personne; car la compétence des » juges serait capable de prononcer sur la » personne; et s'ils l'avaient fait, *il y aura* » *matière de douter*, quoique les juges avisés » (le cas advenant) se donnent bien de garde » de prononcer *super statum*, ains prononcent seulement sur le différend qui se présente. Comme si aucun est imposé au » fouage, et il s'oppose; le juge sage, par les » considérations qui ont été dites, encore » qu'il trouve matière, pour respect de la » preuve de la qualité d'état, de juger pour » l'opposant, ne prononce pas sur la noblesse, » ni par ces mots, *nous l'avons déclaré noble*, » mais dira seulement *qu'à bonne cause l'opposant a formé son opposition*, qui sont » bien diverses choses, dont toutefois beaucoup font leur profit, comme s'ils étaient » prononcés et jugés nobles; en quoi, ils » s'abusent assez ».

Telle est donc la pensée de d'Argentrée par rapport à l'effet du jugement qui intervient dans un tribunal ordinaire sur une Question d'état incidente. Si ce jugement prononce formellement par son dispositif sur l'état contesté, *il y a matière de douter* qu'il fasse obstacle à ce que la Question soit renouvelée, dans une autre instance, pour d'autres fins et entre les mêmes parties; mais si le tribunal, se bornant à prendre pour motif de son jugement sur l'objet principal du litige, l'idée qu'il s'est, d'après le débat incidentel, formée de l'état contesté à l'une des parties, la Question sur cet état demeurera entière et elle pourra être débattue de nouveau entre les mêmes parties pour d'autres objets.

Apprécions maintenant cette doctrine dans ses deux branches.

D'Argentrée trouve qu'il y a *matière de douter* relativement à l'effet du jugement qui prononce formellement par son dispositif sur une Question d'état élevée incidemment; mais on sent assez que le doute ne peut pas être difficile à résoudre, et que la solution en découle tout naturellement du principe écrit dans la *loi 7, §. 4, D. De exceptione rei judicatæ*, que, pour que l'on puisse exciper dans une instance, de ce qui a été jugé dans une autre, il n'est pas nécessaire que les deux instances soient de la même nature: *exceptio rei judicatæ obstat, quoties inter easdem personas eadem quæstio revocatur*, VEL ALIO GENERE JUDICII. Il est bien impossible, en effet, de ne pas conclure de ce principe que le jugement rendu sur une demande incidente, produit l'exception de chose jugée contre la même demande renouvelée par une action directe et principale. Aussi est-il universellement reconnu que, lorsqu'une pièce a été déclarée fausse par le dispositif d'un jugement rendu sur une inscription de faux incident, la fausseté de cette pièce ne peut plus être remise en question entre les mêmes parties.

Mais ce qui est, aux yeux de d'Argentrée, au-dessus de toute espèce de doute, c'est que le jugement qui, en statuant incidemment sur une Question d'état, ne la décide pas formellement par son dispositif, mais seulement par les motifs exprimés ou sous-entendus (1), n'a l'autorité de la chose jugée que relativement à l'objet principal du litige qu'il termine.

Et, effectivement, il ne peut pas y avoir là-dessus l'ombre d'une difficulté sérieuse.

L'une des premières conditions requises par les lois romaines (dont l'art. 1351 du Code civil ne fait que sanctionner les dispositions) pour que je puisse écarter, par l'exception de chose jugée, une demande que vous formez aujourd'hui contre moi, il faut que vous ayez précédemment formé contre moi la même demande, et qu'un jugement devenu irrévocable l'ait rejetée.

Or, cette condition se rencontre-t-elle dans le cas où la demande dont je vous ai fait précédemment débouter, ne portait pas sur le même objet que celle que vous formez aujourd'hui contre moi, quoiqu'elle ait été rejetée par le même moyen que je viens encore aujourd'hui vous opposer?

Non sans doute. Une demande judiciaire et le moyen de la justifier ou de la combattre, ne sont pas la même chose.

Cela est si vrai que, comme le dit la cour de cassation dans un arrêt du 29 janvier 1821, *il est constant en droit que l'identité de moyens n'est pas nécessaire pour constituer la chose jugée* (2); au lieu que bien certainement il ne peut pas y avoir exception de chose

(1) On sent assez que ce mot *sous-entendus* ne peut se rapporter qu'à l'ancien ordre judiciaire. *V.* l'article *Motifs des jugemens*, §. 2, n° 1.

(2) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 21, page 309.

jugée, là où il n'y a pas identité de demande.

Cela est si vrai encore que, comme l'ont jugé le même arrêt et deux autres des 3 février 1818 et 3 juin 1821 (rapportés aux mots *Chose jugée*, §. 1 *bis*), lors qu'ayant deux moyens à faire valoir pour justifier une demande, je n'en ai proposé qu'un, je ne puis pas, après avoir succombé, renouveler cette demande en proposant l'autre.

Aussi n'est-ce pas par la même partie d'un jugement qu'il est prononcé sur les moyens et sur la demande qu'ils justifient ou combattent. Les moyens sont approuvés ou improuvés par les motifs; et c'est par le *disposif* que la demande est accueillie ou rejetée.

De là il suit évidemment qu'il n'y a que le dispositif d'un jugement qui constitue la chose jugée.

Et cette *conséquence* en amène nécessairement une autre non moins indubitable : c'est que, pour qu'un jugement qui rejette une demande d'après le moyen qui y a été opposé par le défendeur, sur le fondement que son adversaire n'avait pas l'état qu'il s'attribuait, imprime à ce moyen le caractère de chose jugée, et fasse obstacle à ce qu'il soit ensuite formé, pour un objet différent, une autre demande contre laquelle ce moyen s'élève également, il faut que le défendeur ait proposé ce moyen, non par forme de simple exception, mais par forme de demande incidente, c'est-à-dire, qu'il ait pris des conclusions tendantes expressément à ce qu'il fût déclaré que l'état que son adversaire s'attribuait, n'était pas réellement le sien; car, a dit la cour de cassation dans l'arrêt du 5 juin 1821 que l'on vient de citer, *suivant l'art.* 1351 *du Code civil, conforme aux anciens principes, il est indispensable, pour constituer la chose jugée sur un objet quelconque, qu'il y ait des conclusions prises par les parties sur ce chef, et une disposition du jugement qui en prononce le rejet ou l'admission.*

Il est vrai qu'un arrêt de la cour de cassation elle-même, du 25 pluviôse an 2, rapporté à l'article *Légitimation*, sect. 2, §. 2, n° 7, a cassé, comme attentatoire à l'autorité de la chose jugée, un jugement en dernier ressort, du 18 octobre 1792, qui avait admis le sieur Masson de Maisonrouge à réclamer sa légitimité par action principale contre la dame Nugent, fille légitime du père à qui il devait le jour, nonobstant deux arrêts du parlement de Paris, des 10 mai 1773 et 20 juillet 1790, auxquels son illégitimité, alléguée comme simple exception par ses adversaires, avait servi de fondement, et qui l'y avait admis, *attendu que, ni dans l'une, ni dans l'autre cause, il n'avait été pris de conclusions pour faire prononcer sur la légitimité dudit Masson de Maisonrouge, et que l'arrêt du 20 juillet 1790 ni aucun des jugemens rendus dans ladite cause, n'avaient déclaré ledit Masson légitime ou bâtard.*

Mais quel fond peut-on faire sur cet arrêt, alors qu'on le voit faire sortir du seul silence de ceux du parlement de Paris de 1773 et de 1790, sur la qualité d'enfant légitime que le sieur Masson de Maisonrouge avait prise dans les deux instances, une exception de chose jugée contre cette qualité; alors surtout qu'on le voit attribuer l'autorité de la chose jugée en faveur de la dame Nugent, à l'arrêt de 1773, dans lequel ni elle ni ses auteurs n'avaient été parties? Deux erreurs aussi graves suffisent certainement pour discréditer une pareille décision.

Il est vrai encore que M. Toullier (*Droit civil français*, liv. 3, tit. 3, chap. 6, sect. 3, art. 1, n° 231) applaudit à cet arrêt, et qu'après l'avoir cité comme décidant « bien positivement que le jugement rendu, avec un » contradicteur légitime, sur la Question d'état proposée incidemment *et par voie d'exception*, n'a pas moins de force que celui » qui est rendu sur la même Question par » voie d'action principale »; il ajoute : « et » cette décision est conforme à la raison; » car, dans l'un comme dans l'autre cas, le » jugement ne peut être prononcé sans que » la Question soit examinée et jugée. Les » juges ne peuvent prononcer sur une exception, la rejeter ou l'admettre, sans examiner et juger si elle est fondée; seulement, dans ce cas, la décision se trouve » énoncée dans les *considérant*, comme » moyen décisif et péremptoire du déboutement de la demande principale; et quand » la Question est proposée par voie d'action » principale, la décision n'est énoncée que » dans le dispositif, et comme disposition » principale ».

Mais comment M. Toullier peut-il mettre en thèse qu'une décision énoncée dans les *considérant* d'un arrêt ou d'un jugement, a la même autorité de chose jugée que si elle était consignée dans le dispositif? C'est précisément tout le contraire qu'il faut dire; et indépendamment des raisons que nous venons de donner, cela résulte encore

1° Du principe proclamé par la cour de cassation, dans les arrêts déjà cités, des 29 janvier et 5 juin 1821, et dans un autre du 8 germinal an 13, rapporté au mot *Cens*, §. 5, que les motifs d'un jugement qui sont relatifs à un moyen sur lequel il n'a pas été pris de

conclusions par les parties, ne suffisent pas pour que, contre ce moyen, non compris d'ailleurs dans le dispositif, il résulte du jugement une exception de chose jugée;

2° De ce que, tandis que la voie d'appel est toujours indispensable pour faire réformer le dispositif d'un jugement de première instance qui offense la loi ou blesse la justice, elle ne l'est point du tout, comme l'ont jugé deux arrêts de la même cour, des 22 floréal an 10 et 15 juillet 1816 (1), pour que, sur l'appel interjeté par mon adversaire, d'un jugement qui, tout en me faisant gagner mon procès, s'est fondé sur un motif d'après lequel j'aurais dû le perdre, je puisse attaquer ce motif par le moyen que j'y avais inutilement opposé en première instance;

3° De ce que, comme l'a jugé un arrêt de la même cour, du 4 germinal an 13 (2), la requête civile, qui est toujours un moyen infaillible de faire rétracter un jugement en dernier ressort dont le dispositif se contrarie lui-même, est une arme impuissante contre un jugement en dernier ressort, entre les motifs duquel seulement il se trouve de la contrariété;

4° De ce que, suivant la jurisprudence constante de la même cour, calquée sur la loi dernière, D. *quod cùm eo qui in aliená potestate est, gestum esse dicetur*, un jugement qui, dans son dispositif, est conforme à la loi, ne peut pas être annulé sur le fondement qu'il la viole dans ses motifs (3);

5° De ce que, comme l'a jugé un arrêt de la même cour, du 15 janvier 1818, lorsqu'un jugement en dernier ressort contenant plusieurs chefs contre chacun desquels un moyen de cassation est, spécialement dirigé, vient à être cassé purement et simplement, la cassation l'atteint en entier, quoique le motif qui la détermine, ne porte que sur l'un des chefs attaqués (4).

La question est d'ailleurs tranchée dans un sens diamétralement opposé à l'arrêt du 25 pluviôse an 2, par deux lois romaines qui s'expriment là-dessus de la manière la plus énergique.

La loi 1, C. *de ordine judiciorum*, transcrite ci-dessus, n° 3, décide que le juge incompétent, pour connaître d'une action principale en déclaration ou dénégation d'état, peut cependant en prendre connaissance, lorsqu'elle s'élève incidemment à une demande en nullité de testament dont il est saisi; et quelle raison en donne-t-elle? C'est qu'à la vérité, ce juge doit examiner, dans toutes ses branches, la Question d'état qu'un incident fait naître devant lui; mais qu'il ne doit le faire que pour décider à qui appartient l'hérédité litigieuse; et qu'en dernière analyse, ce n'est pas sur cette question, mais sur l'hérédité seule qu'il prononce: *pertinet enim ad officium judicis qui de hereditate cognoscit, universam incidentem quæstionem quæ in judicium devocatur, examinare, quoniam non de eâ, sed de hereditate pronunciat.* N'est-ce pas dire aussi clairement qu'il est possible (comme je l'ai déjà remarqué dans des conclusions du 23 brumaire an 12, rapportées dans mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Héritier*, §. 8), que son jugement n'a l'autorité de la chose jugée que relativement à l'hérédité, et qu'il laisse la Question d'état parfaitement entière?

La loi 5, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, n'est pas moins positive. Elle suppose qu'à la demande en alimens formée par un fils contre son père, ou par un père contre son fils, le défendeur oppose une dénégation de paternité ou de filiation; et que là, par conséquent, s'élève incidemment la question de savoir si le demandeur est ou le fils ou le père du défendeur. Que doivent faire les juges? Il faut, répond la loi, §. 8, qu'avant d'accorder les alimens demandés, ils prennent sommairement connaissance du fait de paternité ou de filiation. S'ils en trouvent la preuve bien constante, ils adjugeront la demande; et ils la rejeteront, si la paternité ou la filiation ne leur paraît pas bien prouvée: *si vel parens neget filium, idcircòque ulere se non debere contendat, vel filius neget parentem, summatim judices oportet super eâ cognoscere. Si constiterit filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt. Cæterùm si non constiterit, nec decernent alimenta.* Mais il faut bien remarquer, continue-t-elle, §. 9, que, si par leur jugement, ils accordent les alimens demandés, il n'en résultera point d'exception de chose jugée sur la question de paternité: car, par ce jugement, ils ne déclarent pas que tel est l'enfant de tel; ils décident seulement que l'un doit des alimens à l'autre: *meminisse autem oportet, si pronunciaverint ali oportere, attamen eam rem præjudicium non facere veritati: nec enim*

(1) *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, aux mots *Inscriptions sur le grand-livre*, §. 4, et *Transport*, §. 6.

(2) *V.* l'article *Requête civile*, §. 3, n° 5, aux notes.

(3) *V.* l'article *Motifs des Jugemens*, n°s 23 et 24.

(4) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 19, page 137.

hoc pronunciatur filium esse, sed ali debere.

M. Toullier, qui, à l'endroit cité, ne parle pas de la première de ces lois, prétend, n° 229, que la seconde a pour unique fondement le principe que l'état des personnes ne peut s'établir *par une simple présomption* : « Le juge (ajoute-t-il) a pu trouver » des preuves suffisantes pour ordonner des » alimens, car enfin, il faut que l'enfant » soit nourri, et n'en pas trouver assez pour » prononcer sur la paternité ou la filiation, » qui donnerait à l'enfant des droits plus éten- » dus, tous les droits de la famille ».

Mais il ne fait pas attention que, dans l'espèce de cette loi, il ne s'agit pas d'accorder des alimens par provision, cas où les juges pourraient se contenter de preuves de paternité ou de filiation qui seraient insuffisantes pour prononcer sur la filiation ou la paternité elle-même; mais qu'il s'agit d'un jugement définitif, c'est-à-dire, d'un jugement qui doit être rendu, non d'après des présomptions ou des preuves équivoques, mais d'après une vérification, à la vérité sommaire, parceque la cause principale est sommaire par sa nature, mais cependant complète, du fait contesté (1) : SI CONSTITERIT *filium vel parentem esse, tunc ali jubebunt. Cæterum* SI NON CONSTITERIT, *nec decernent alimenta.*

Quelle est d'ailleurs la raison fondamentale de la loi, pour décider, dans le §. 9, que le jugement qui accorde des alimens, ne préjuge pas la question de paternité ou de filiation ? Ce n'est point parceque les juges n'ont examiné cette question que sommairement, *summatim* ; c'est uniquement parceque le résultat de l'examen qu'ils en ont fait, n'est entré que dans les motifs de leur jugement; parceque le dispositif de leur jugement ne l'a point tranchée; parcequ'ils se sont bornés à décerner les alimens, et qu'ils se sont tus sur la question de savoir si l'une des parties est l'enfant de l'autre : *nec enim hoc pronunciatur filium esse, sed ali debere* ; c'est en un mot la même raison qui, dans la loi 1, C. *de ordine judiciorum*, fait dire qu'il n'y a de jugé que la question de savoir qui doit recueillir la succession litigieuse, quoique, pour la juger, il ait été incidemment pris connaissance de l'état de l'une des parties.

Il serait, d'après cela, bien inutile d'objecter que Pothier, dans ses Pandectes, titre *de agnoscendis et alendis liberis*, n° 23, présente la décision de la loi 5, §. 9, de ce titre comme une conséquence du prétendu principe que, pour décerner des alimens à un soi-disant enfant, il n'est pas nécessaire que la filiation soit pleinement prouvée : *cæterùm*, dit-il, *plena probatio non requiritur ; undè Ulpianus*, etc.

L'autorité de Pothier est grave sans doute, mais elle doit céder à l'évidence ; et il est évident que ce jurisconsulte donne à la décision dont il s'agit, un motif directement contraire au texte même qui la contient.

§. III. *Quel est, à l'égard des tiers non entendus ni appelés, l'effet des jugemens relatifs à l'état des personnes ?*

La première idée qui se présente à l'esprit sur cette question, c'est que les jugemens relatifs à l'état des personnes, ne diffèrent en rien, quant à leurs effets, des jugemens rendus sur d'autres matières, et que par conséquent l'autorité de la chose jugée qui en résulte, est concentrée entre les parties qui y ont figuré.

Cependant tous les auteurs qui se sont occupés de cette question, s'accordent à dire, et M. Toullier, *Droit civil français*, liv. 3, tit. 3, chap. 6, sect. 3, n° 217, dit avec eux, que « les jugemens rendus en matière » d'état, ont contre tous et pour tous l'au- » torité de la chose jugée ».

Toutefois, ils subordonnent cette doctrine à trois conditions : la première, que le jugement ait été rendu avec un contradicteur légitime ; la seconde, que le contradicteur légitime ne se soit pas laissé condamner par défaut ; la troisième, qu'il n'y ait pas eu de collusion entre lui et son adversaire.

In hac sententiâ, (dit Bruneman, sur la loi 25, D. *de statu hominum*, en citant d'autres jurisconsultes qui enseignent la même chose), *omnibus aliis præjudicatur... sed necesse est ut talis sententia de statu sit contrà legitimum contradictorem, et eum quidem præsentem et non ex contumaciâ absentem.*

C'est aussi ce qu'établit Vinnius, dans ses *Partitiones juris civilis*, liv. 4, chap. 47 : *in causâ statûs*, dit-il, *sufficit pronunciatum esse legitimo contradictore præsente, ut valeat sententia inter omnes in iis quos is status secùm affert.*

D'Argentrée, dans ses *avis sur les partages*

(1) M. Toullier cite à ce propos, et pour établir le contraire de ce que j'avance ici, un arrêt de la cour de cassation, du 10 mars 1808; mais pour apprécier l'application qu'il en fait, voyez ce qui en est dit à l'article *Alimens*, §. 1, art. 2, n° 11.

des nobles, chap. 29, dit également : « un » jugement ou sentence donné sur la qua- » lité de la personne, fait droit et con- » séquemment contre tous, voire absens et » non appelés...., pourvu que telle sentence » ou jugement soit donné parties ouies et » non par contumace, ni aussi par intelli- » gence ou collusion ».

Nul doute sur l'exactitude de cette doctrine en ce qui concerne les jugemens rendus par collusion sur des Questions d'état. (*V.* l'article *Collusion*).

Mais 1° cette doctrine est-elle également exacte, et l'est-elle dans toute sa généralité, en tant qu'elle établit que les jugemens relatifs à l'état des personnes, ont l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les tiers qui n'y ont pas été parties?

2° Quels sont ceux qui, dans les Questions d'état, doivent être réputés légitimes contradicteurs?

3° Est-il vrai qu'en ce qui concerne les Questions d'état, il y ait quelque différence entre les jugemens rendus par défaut et les jugemens contradictoires?

Examinons successivement ces trois questions.

ART. I. *Est-il vrai, et jusqu'à quel point l'est-il, qu'un jugement rendu en matière d'état avec un légitime contradicteur, ait le même effet envers les tiers non entendus ni appelés, qu'à l'égard des parties entre lesquelles il a prononcé?*

I. Je concevrais très-bien le système des docteurs qui attribuent aux *jugemens rendus en matière d'état*, le privilége dont il s'agit, si, par ces mots, ils entendaient, non les jugemens qui ne sont que *déclaratifs* de l'état des personnes, mais les jugemens qui en sont *constitutifs*, ou, en d'autres termes, si, au lieu d'appliquer ce système à un jugement qui, statuant entre deux parties dont l'une conteste à l'autre l'état qu'elle prétend s'attribuer, décide qu'effectivement tel est ou tel n'est point l'état de celle-ci, ils l'appliquaient à un jugement qui, tout en reconnaissant, soit en termes exprès, soit implicitement, que cette personne a été jusqu'à présent dans tel état, la place pour l'avenir dans un état différent; par exemple,

A un jugement par lequel un individu est condamné à une peine infamante qui le rend incapable de certains droits civiques, civils et de famille;

A un jugement par lequel un individu est condamné à une peine afflictive temporaire qui emporte son interdiction légale et la nécessité de lui nommer un curateur;

A un jugement par lequel l'accusé d'un crime dont la peine, lorsqu'elle est exécutée, emporte la mort civile, est condamné à une peine de cette nature qui reçoit son exécution;

A un jugement par lequel est confirmée la délibération d'un conseil de famille qui prive un mineur émancipé du bénéfice de son émancipation, et le remet en tutelle;

A un jugement par lequel un majeur est, soit interdit pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, soit placé sous la surveillance d'un conseil judiciaire;

A un jugement par lequel est levée, soit l'interdiction d'un majeur, soit la défense qui lui a été précédemment faite de contracter sans l'assistance d'un conseil.

En effet, il ne peut être douteux qu'un jugement de cette nature n'ait envers les tiers, en ce qui les concerne, les mêmes effets qu'envers les parties avec lesquelles il a été rendu. Pourquoi? Parcequ'il change pour l'avenir l'état d'une personne, et qu'il en est nécessairement du changement apporté à l'état d'une personne par un acte de la juridiction contentieuse, comme du changement qui y est apporté par un acte de la juridiction volontaire, ou par un fait absolument extrajudiciaire.

Qu'un mineur soit émancipé par l'acte de juridiction volontaire que dresse à cet effet le juge de paix en conséquence du consentement qu'y donne son père ou le conseil de sa famille, il est certainement considéré comme tel, non-seulement à l'égard de son père et du conseil de famille, mais encore à l'égard de tout le monde; et nul serait recevable à lui en contester la qualité, comme il ne pourrait la dénier envers personne.

Qu'un Français perde sa qualité de régnicole en se faisant naturaliser dans un pays étranger, ou en acceptant une fonction publique d'une puissance étrangère, il est certainement considéré comme étranger à la France, non-seulement envers le gouvernement qui l'a naturalisé ou lui a conféré une fonction publique, mais encore envers tous ceux à qui il importe qu'il soit ou ne soit pas traité comme tel; et si, en contravention à l'art. 9 de la loi du 25 ventôse an 11, il assistait comme témoin à un acte passé devant notaire en France, ce serait bien vainement que la partie intéressée à ce que cet acte valût comme authentique, alléguerait, pour en couvrir le vice, que sa naturalisation ou son

acceptation d'une fonction publique en pays étranger, est, quant à elle, *res inter alios*.

Donc par la même raison, si Pierre, condamné par une cour d'assises, à une peine infamante, a été, au mépris de l'art. 28 du code pénal, employé comme témoin dans un testament fait à votre profit, inutilement, pour écarter la demande en nullité de ce testament, invoquerez-vous le principe *res inter alios judicata aliis neo nocere nec prodesse debet*, vous ne serez pas écouté : on vous répondra victorieusement que l'état de Pierre a été changé par le jugement de sa condamnation, et que, pour changer par un jugement, envers tout le monde, l'état d'une personne, il suffit que ce jugement soit rendu avec les parties expressément désignées par la loi.

Donc, et toujours par la même raison, si un condamné à la peine des travaux forcés à perpétuité, s'évade après avoir subi l'exposition publique et avoir par conséquent encouru la mort civile, et vous donne entre-vifs les biens qu'il a acquis en cet état, ce sera inutilement que, pour couvrir la nullité dont la disposition qu'il a faite à votre profit, est frappée par l'art. 25 du Code civil, vous viendrez alléguer que vous n'avez pas été partie dans l'arrêt de sa condamnation.

C'est par le même principe que doit se décider la question de savoir si le jugement par lequel, dans le cas prévu par l'art. 485 du Code civil, a été confirmée la délibération d'un conseil de famille qui avait privé un mineur émancipé du bénéfice de son émancipation et l'avait remis en tutelle, peut être opposé aux tiers qui ont depuis contracté avec lui comme s'il ne fût pas survenu de changement dans son état; et il est évident que c'est l'affirmative qui doit prévaloir.

Il est également de toute évidence que le jugement qui interdit un majeur pour cause de fureur, de démence ou d'imbécillité, peut être opposé aux tiers avec lesquels ce majeur a contracté depuis son interdiction (1); et que *vice-versâ* le jugement qui a levé son interdiction, peut lui être opposé par les tiers avec lesquels il a contracté postérieurement.

II. Je le répète donc, restreint aux jugemens constitutifs de l'état des personnes, le système dont j'entreprends ici l'examen, n'offrirait rien que de raisonnable, rien que de conforme aux vrais principes. Mais non-seulement les docteurs qui professent ce système, ne le restreignent pas à ces jugemens; ils ne parlent pas même de ces jugemens dans l'application qu'ils en font; ils ne l'appliquent qu'aux jugemens purement déclaratifs, c'est-à-dire, aux jugemens qui ne font que décider quel est, au moment où ils sont rendus, et d'après les faits ou les actes antérieurs, l'état de telle ou telle personne.

Et sur quoi le fondent-ils? Sur des lois romaines.

Ces lois embrassent-elles, dans les dispositions qu'ils leur prêtent, tous les jugemens rendus sur quelque état que ce soit? Point du tout. Elles ne sont relatives qu'aux jugemens rendus sur la question de savoir si tel individu est *ingénu*, c'est-à-dire, né dans l'état de liberté, ou s'il est de la classe des affranchis, s'il est ou libre ou esclave, s'il est ou n'est pas l'enfant de tel individu; et elles ne concernent en rien les jugemens rendus, soit sur l'état d'époux, soit sur celui de majeur ou de mineur, soit sur celui de mort ou non mort civilement, soit sur celui de régnicole ou d'étranger, soit sur celui de noble ou de plébéien, etc.

C'en est déjà plus qu'il n'en faut pour nous tenir en garde contre la généralité de cette doctrine.

Mais voyons d'abord ce que décident ces lois par rapport aux jugemens rendus sur les états d'ingénuité, de liberté ou de filiation.

III. La loi 25, D. *de statu hominum*, plus connue sous le nom de loi *ingenuum*, premier mot de son texte, se borne à dire que l'on doit considérer comme ingénu, même celui en faveur duquel a été rendu un jugement qui l'a déclaré tel, quoiqu'il soit réellement affranchi, parceque l'on tient pour vrai tout ce qui a le caractère de la chose jugée : *ingenuum accipere debemus etiam eum de quo sententia lata est, quamvis fuerit libertinus, quia res judicata pro veritate habetur.*

Qu'y a-t-il là dont on puisse tirer la conséquence générale que les jugemens rendus sur des Questions d'état, ont l'autorité de la chose jugée contre ceux qui n'y ont pas été parties? Bien évidemment la loi ne s'exprimerait pas autrement, si elle avait pour objet d'établir que vous devez être regardé comme propriétaire d'un immeuble ou d'un effet mobilier, lorsqu'un jugement vous a déclaré tel, quoique, dans le fait, vous ne le soyez pas; et certainement on ne pourrait pas conclure de là qu'un pareil jugement a contre tous l'autorité de la chose jugée. Quel

(1) *V.* l'article *Testament*, sect. 1, §. 1, art. 1, n° 3.

prétexte y aurait-il donc pour donner à cette loi un sens plus large?

Mais il y a mieux, et la preuve qu'elle ne déroge nullement à la règle qui restreint l'autorité de la chose jugée aux parties entre lesquelles a été rendu le jugement dont elle dérive, est littéralement écrite dans deux textes du titre du Digeste *si ingenuus esse dicatur.*

Si l'affranchi de Paul, dit la loi 1re de ce titre, a été déclaré ingénu sur l'action intentée contre lui par Pierre, à l'effet de se faire déclarer son patron, Paul, son vrai patron, n'en conservera pas moins le droit de le faire déclarer son affranchi : *si libertus alterius, alio agente, ingenuus pronunciatus est, sine ullâ exceptione temporis, patronus ejus cognitionem solet exercere.*

La loi 5 répète la même chose : *patronum post quinquennium sententiæ pro ingenuitate dictæ, quo ignorante res judicata est, non esse summovendum respondi.*

On dira sans doute que, dans ces deux espèces, le faux patron contre lequel avait été rendu le jugement qui avait déclaré ingénu l'homme qu'il poursuivait comme son affranchi, n'était pas un contradicteur légitime; que c'en était assez pour ôter à ce jugement le caractère de chose jugée à l'égard des tiers; qu'en effet, la loi 3, D. *de collusione detegendâ,* porte expressément que, *cùm non justo contradictore quis ingenuus pronunciatus est, perindè inefficax est decretum atqui si nulla judicata res intervenisset;* qu'ainsi, les deux lois citées du titre *si ingenuus esse dicatur,* prouvent bien qu'à défaut de contradicteur légitime, un jugement rendu sur une Question d'état, ne nuit ni ne profite aux tiers; mais qu'elles ne prouvent pas que, lorsqu'il y a eu contradicteur légitime, un pareil jugement ne nuit et ne profite pas aux tiers, comme il nuit et profite aux parties entre lesquelles il a prononcé.

Non, elles ne le prouvent pas; mais la loi *ingenuum,* ou ce qui est la même chose, la loi 25, D. *de statu hominum,* le prouve-t-elle davantage? Il est impossible que l'on hésite un seul instant sur la négative. A quel propos, dès-lors, les docteurs présentent-ils celle-ci comme établissant en faveur des jugemens rendus sur des Questions d'état, un privilége aussi extensif de l'autorité de la chose jugée, et celles-là comme prescrivant une des conditions desquelles dépend l'application de ce prétendu privilége?

Ce serait assurément bien raisonner que de dire :

D'après les principes concernant l'autorité de la chose jugée, si j'obtiens contre le possesseur d'un immeuble, un jugement qui m'en déclare propriétaire, je ne pourrai pas l'opposer à un tiers qui viendrait ensuite, armé de la qualité de propriétaire véritable et des titres qui la justifient, exercer contre moi une action en délaissement; mais cela viendra uniquement de ce qu'il sera prouvé par le résultat de cette action, que le possesseur que j'ai d'abord évincé, n'était pas le contradicteur légitime de la demande que j'avais formée contre lui; et il n'en demeurera pas moins constant que, toutes les fois qu'une question de propriété immobilière a été jugée, soit avec un contradicteur légitime, soit avec un contradicteur réputé tel, faute de preuve qu'il en ait existé un autre lors du jugement, elle l'est avec, tout le monde, et nul n'est désormais recevable à la renouveler.

Mais raisonner ainsi, ce ne serait certainement pas prouver que l'autorité d'un jugement rendu sur une question de propriété immobilière, soit plus étendue ou ait plus de privilége que l'autorité de tout autre jugement.

Ce serait encore fort bien raisonner que de dire :

Si, après que Paul, propriétaire d'une créance, en a transporté une partie à Jacques et que celui-ci en a fait signifier le transport au débiteur Pierre, il intervenait, entre Paul et Pierre, un jugement qui déclarât que Pierre ne doit rien à Paul, ce jugement serait sans effet contre Jacques, quant à la partie de la créance qui lui a été cédée, parceque, relativement à cette partie, Paul n'aurait pas été le légitime contradicteur de Pierre.

Eh bien! supposons que Titius, patron de l'affranchi Stichus, eût stipulé de lui, en l'affranchissant des services et des corvées personnelles, *operæ quæ in artificio consistunt,* qu'il les eût ensuite déléguées à l'un de ses débiteurs, suivant la faculté qu'il en avait, aux termes de la loi 25, §. 12, D. *de condictione indebiti,* et de la loi 9, §. 1, D. *de operis libertorum;* et que, les choses en cet état, l'affranchi Stichus eût obtenu contre Titius un jugement qui le déclarait ingénu et annulait en conséquence, comme fondée sur une fausse cause, la promesse qu'il lui avait faite de certaines corvées; croit-on que, d'après les principes du droit romain sur la chose jugée, Stichus eût pu opposer ce jugement au créancier délégataire de Titius, et que ce créancier n'eût pas pu, dans son intérêt, remettre en question la prétendue ingénuité de Stichus et la prétendue nullité de l'obligation qu'il avait contractée par son

acte d'affranchissement, de lui consacrer une partie de son travail? Et pourquoi ne l'aurait-il pas pu? La loi 25, D. *de statu hominum*, ne lui en ôtait certainement pas le droit.

IV. Le droit romain nous offre, relativement aux jugemens rendus sur la question de savoir si tel individu est libre ou esclave, trois textes remarquables : ce sont la loi 9 et la loi 30, D. *de liberali causâ*, et la loi dernière du même titre, au Code.

La loi 9, D. *de liberali causâ*, décide que, si un esclave dont la propriété nue et l'usufruit sont séparés, réclame sa liberté, soit contre le nu propriétaire seulement, soit seulement contre l'usufruitier, le jugement qu'il obtient contre l'un en l'absence de l'autre, ne prive pas celui-ci du droit de faire juger de nouveau la question dans son intérêt (1); et elle ajoute, §. 1, qu'il en est de même du cas où un esclave qui appartient à deux maîtres par indivis, obtient contre l'un d'eux, en l'absence de l'autre, un jugement en faveur de sa liberté (2).

La loi 30, D. *de liberali causâ*, confirme cette décision, en la modifiant un peu.

Deux individus (y est-il dit) se prétendant, par droit d'esclavage, propriétaires par indivis d'un homme, se sont pourvus successivement pour le faire déclarer leur esclave. Le premier a été débouté de sa demande, et le défendeur a été jugé libre. Le second a été plus heureux : il a obtenu un jugement qui l'a déclaré propriétaire pour moitié de l'esclave qu'il réclamait. Que devient alors le jugement qui a déclaré le défendeur libre? Il conserve tout son effet contre le premier demandeur; mais le jugement qui a déclaré le défendeur esclave, conserve aussi le sien en faveur du second; en sorte que le même homme se trouve jugé tout à la fois libre et esclave. Comment donc exécuter le second jugement, sans nuire à l'exécution du premier? A la rigueur, l'homme jugé successivement libre et esclave, devrait demeurer l'esclave de la partie qui l'a fait déclarer tel; mais la faveur de la liberté a fait admettre qu'il pourrait se rédimer de l'esclavage, en payant à celle-ci la moitié de ce qu'il vaudrait, s'il avait été jugé esclave pour le tout. *Duobus petentibus hominem in servitutem, pro parte dimidiâ separatim, si uno judicio liber, altero servus judicatus est, commodissimum est eo usque cogi judices donec consentiant. Si id non continget, Sabinum referitur existimasse duci servum debere ab eo qui vicisset. Cujus sententiæ Cassius quoque est, et ego sum. Et sanè ridiculum est arbitrari eum pro parte dimidiâ duci, pro parte libertatem ejus tueri.* COMMODIUS (1) *autem est, favore libertatis, liberum quidem eum esse, compelli autem pretii sui partem, viri boni arbitratu, victori suo præstare.*

Bien certainement il ne résulte, ni de cette loi, ni de la précédente, que le jugement rendu entre deux parties sur la question de savoir si l'une d'elles est esclave de l'autre, a l'autorité de la chose jugée contre tous. C'est même la conséquence toute contraire qu'il faut en tirer.

A la vérité, on peut dire que la décision de ses lois est fondée sur la circonstance que le premier jugement n'avait été rendu qu'avec un des deux contradicteurs légitimes, et qu'il ne pouvait pas, dès-lors, nuire à l'autre qui n'avait été ni appelé ni entendu.

Mais si de là on peut inférer que, dans le cas où les deux contradicteurs légitimes auraient été en cause, le jugement qui serait intervenu en faveur du prétendu esclave, suffirait pour imposer silence à tout autre qui prétendrait ensuite remettre la liberté de cet homme en litige, qu'y a-t-il là de particulier aux jugemens rendus sur les Questions d'état? N'en serait-il pas de même, encore une fois, d'un jugement qui statuerait sur la propriété d'un immeuble ou d'un effet mobilier? Sans doute, si une opposition était formée à ce jugement par un tiers qui, sans être ni l'héritier ni l'ayant cause de l'une ou de l'autre des deux parties desquelles a triomphé celle qui a été déclarée propriétaire, prétendrait non-seulement qu'elles n'avaient toutes deux ni titre ni qualité pour contester la propriété de l'objet litigieux, mais que c'est à lui que cette propriété appartient, il faudrait bien l'entendre, et la chose jugée contre les deux parties qui ont succombé, serait sans effet

(1) *Si pariter adversùs eum qui de libertate litigat, consistant fructuarius et proprietarius, fieri potest ut alteruter absit. Quo casu, an præsenti soli permissurus sit prætor adversùs eum agere, dubitari potest, quia non debet alterius collusione aut inertiâ alterius jus corrumpi. Sed rectiùs dicetur etiam alterutri eorum permittendum agere, ut alterius jus incorruptum maneat.*

(2) *Idem dicemus et si duo pluresve domini dicantur; et quidam præsto sint, quidam absint.*

(1) *De æquitate, non suprà dicta de rigore juris sunt,* dit la grande Glose sur ce mot.

à son égard. Mais si, sans prétendre, soit qu'il est lui-même le véritable propriétaire, soit qu'il a sur l'objet dont il s'agit, des droits qui lui ont été transmis par le propriétaire véritable, il se bornait à soutenir que la partie qui a triomphé de ses deux premiers adversaires, ne l'est pas, et qu'il en donnât pour unique raison que le jugement rendu en faveur de cette partie, est, à son égard, *res inter alios*, bien sûrement il ne serait ni ne devrait être écouté. Ce ne serait pourtant pas l'autorité de la chose jugée qui le ferait éconduire; ce serait le défaut de qualité.

Pour nous bien convaincre que c'est là tout ce à quoi se réduit, envers les tiers, l'autorité des jugemens rendus sur des questions d'ingénuité ou de liberté, il suffit de bien peser ce que dit à ce sujet Covarruvias, dans ses *Practicæ quæstiones*, chap. 13, nº 5, tout en abondant dans le sens des autres docteurs qui attribuent à ces jugemens le privilége que nous sommes loin de leur trouver. Voici ses termes :

Primùm ex his constat quod si lis tractetur super statu alicujus, et is pronuncietur servus vel libertus illius qui cùm eo litigat, hæc sententia nocebit victo, quoad omnes qui dixerint et allegaverint illum servum esse, quibusque satis sit quod ille servus sit aut libertus, nec refert sitne servus litigantis *aut alterius. Cujus conclusionis est manifesta ratio; siquidem hic qui modò utilitatem ex re judicatâ capere vult, id tantùm contendit quod victus sit servus vel libertus illius cùm quo lata est sententia, nec petit victum in servitutem aut libertinitatem; sufficit enim ei quod servus sit vel libertas. Quæ quidem qualitas jam constat, cùm constet victum per sententiam servum aut libertum pronunciatum fuisse illius quidem à cujus jure qui modò agit, jure optimo deducit propriam intentionem quæ in hoc tendit quod ille sit servus aut libertus alicujus, ejusque conditionis et statûs homo. Sic, ex contrario, si quis per sententiam fuerit pronunciatus liber aut ingenuus, hæc sententia proderit ei quoad omnes, et nocebit omnibus qui eum esse servum aut libertinum dixerint, nisi probare velint alterius quàm victi servum vel libertinum fuisse. Tunc etenim sententia ista non censetur lata cùm legitimo contradictore, et ideò non nocebit omnibus, nec proderit quoad omnes, etiamsi satis sit, quoad modò litigantes, victorem libertinum vel servum esse, nec referat si sit libertus vel servus Titii aut Sempronii.*

Secundò apparet sententiam pro ingenuitate latam non nocere alteri qui victus non fuit, ubi hic allegat victorem esse proprium servum aut libertum. Etenim in hâc specie non est sententia lata cùm legitimo contradictore. Quamobrem non nocebit ei, qui jus à se ipso deducit, non à victo..... Sic sententia quâ quis pronunciatur servus aut libertus Titii, non ei nocebit quoad alios qui ab eodem Titio jus non habent, nec ab illius Titii jure propriam intentionem probare contendunt, imò petunt victum in propriam *servitutem aut libertinitatem seu jus patronatûs; quod satis constat ex ratione superiùs tradità.*

Il n'y a évidemment pas un mot dans tout cela qu'on ne puisse appliquer à un jugement rendu sur une question de propriété.

Supposons, par exemple, que l'immeuble A, dont je suis propriétaire, soit grevé d'une servitude envers l'immeuble B, dont la propriété, d'abord litigieuse entre vous et Paul, vous a été adjugée par un jugement auquel celui-ci a acquiescé. Sans doute, lorsque vous vous présenterez muni de ce jugement, pour exercer sur mon fonds la servitude qu'il doit à celui qui est jugé vous appartenir, je pourrai, si j'en ai les moyens, soutenir et faire juger que l'immeuble B m'appartient à moi-même par l'acquisition que j'en ai récemment faite d'un tiers, qui en était légitime propriétaire à l'exclusion de vous et de Paul; et que, dès-lors, la servitude dont il était précédemment grevé, se trouve éteinte par confusion. Mais serai-je recevable à soutenir que Paul était légitime propriétaire de cet immeuble, que c'est par erreur que vous vous l'êtes fait adjuger, et qu'en conséquence vous êtes sans qualité pour exercer sur mon fonds la servitude dont il s'agit? Il est de toute évidence que non. Ce serait comme si, pour affranchir envers vous mon fonds de la servitude qu'il doit à l'immeuble dont vous avez acquis la propriété par un contrat de vente passé entre vous et lui, j'invoquais l'art. 1165 du Code civil, suivant lequel *les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes.* Mais, dès-là, que devient le prétendu privilége que les docteurs confèrent aussi généralement aux jugemens rendus sur les Questions d'état?

La loi dernière, C. *de liberali causâ*, est-elle plus propre à justifier leur système?

Ce texte débute par le principe également écrit dans les Institutes, titre *de ingenuis*, qu'en fait de liberté et de servitude, l'enfant suit la condition de sa mère. Puis, il fait, par rapport au jugement qui, statuant entre une

mère réclamant sa liberté, et l'individu qui la revendique par droit d'esclavage, la déclare esclave de son adversaire, une distinction entre les enfans qu'elle avait conçus (1) avant le procès et les enfans qu'elle avait conçus pendant le procès. Les premiers, dit-il, doivent être mis personnellement en cause, pour que le jugement ait, à leur égard, l'autorité de la chose jugée; mais quant aux seconds, le jugement rendu pour ou contre leur mère, a, de plein droit, tout son effet pour ou contre eux (2).

Assurément cette distinction entre les enfans conçus avant le procès et les enfans conçus pendant le procès, ne prouve pas, et il s'en faut de beaucoup, que les jugemens rendus sur des Questions d'état, aient de plein droit l'autorité de la chose jugée à l'égard de tous les tiers.

Qu'elle soit fondée, en ce qui concerne les enfans conçus avant le procès, sur le principe général qu'en fait de Questions d'état, comme en toute autre matière, un jugement est sans effet à l'égard des tiers qui, ayant, au moment où l'action a été intentée, un droit personnel à l'objet du litige, n'ont pas été mis en cause, cela n'est pas douteux; et sous ce rapport, on peut m'objecter qu'elle n'est que l'application de la première des conditions que nous avons déjà vu les docteurs mettre à leur doctrine.

Mais d'abord, sous ce rapport même, la loi citée ne renferme rien qui soit particulier aux jugemens rendus sur des Questions d'état, rien qui ne soit commun à toutes les espèces de jugemens.

Ensuite, sur quoi est fondée la différence que cette loi établit entre les enfans conçus pendant le procès et ceux dont la conception est antérieure au procès? De la nature spéciale des jugemens rendus sur des Questions d'état? Nullement: elle n'a point d'autre base que le principe qui, relativement à la liberté et à la servitude, fait suivre aux enfans la condition de leur mère. Comme c'est de leur mère que dérive leur droit à la liberté, et qu'il ne peut pas en dériver avant leur conception, il est impossible que ce droit leur appartienne jamais, si, au moment de leur conception, il n'appartenait pas à leur mère (1).

Il n'y a donc aucun argument à tirer de cette loi en faveur du système que je combats.

V. Mais voici des textes qui disent véritablement, pour le jugement rendu sur une question de paternité, ce que les docteurs font si mal à propos dire à ceux que nous venons d'analyser, pour tous les jugemens rendus sur des Questions d'état en général: ce sont la loi 1re, §. 16, la loi 2 et la loi 3, D. *de agnoscendis et alendis liberis.*

Après avoir retracé les dispositions d'un sénatus-consulte d'après lequel la femme qui se trouvait enceinte au moment où il intervenait un jugement qui dissolvait son mariage, était obligée d'en faire la dénonciation à son mari dans les trente jours de la prononciation de ce jugement, afin qu'il envoyât près d'elle des gardiens pour la surveiller; ces lois prévoient le cas où, sur cette dénonciation, le mari viendrait à nier qu'il fût l'auteur de la grossesse de sa ci-devant épouse, et voici ce qu'elles décident: *Planè, si, denuntiante muliere, negaverit ex se esse prægnantem, tamen si custodes non miserit, non evitabit quominùs quæratur an ex eo mulier prægnans sit. Quæ causa si fuerit acta apud judicem, et pronunciaverit, cùm de hoc agetur, quod ex eo prægnans fuerit nec ne: in eâ causâ esse ut agnosci debeat, sive filius non fuit, sive fuit, esse suum* IN OMNIBUS CAUSIS. *Quare et fratribus suis consanguineus erit; sive contrà pronunciaverit, non fore suum, quamvis suus fuerit. Placet enim ejus rei judicem jus facere, eoque jure utimur.*

«Ainsi, il est bien clair que le jugement rendu, par suite d'un désaveu de paternité, sur la question de savoir si c'est du mari que la femme se trouve enceinte au moment de la dissolution de leur mariage, fait loi (*jus facit*) pour la famille de l'un et de l'autre, et que de ce jugement dépend, à tous effets et entre toutes parties, l'état de l'enfant qui naîtra ensuite; en sorte qu'il sera ou ne sera pas, suivant que le juge aura prononcé, non-seulement le fils du mari, mais encore le

(1) Je substitue ici le mot *conçus* au mot *nés* qui est dans le texte de la loi, parcequ'il est de principe que l'enfant conçu doit être assimilé à l'enfant né, toutes les fois que son avantage l'exige ainsi: *Si libera conceperit*, dit Justinien, à l'endroit cité des Institutes, *deindè ancilla facta pariat, placuit eum qui nascitur liberum nasci, quia non debet calamitas matris ei nocere qui in ventre est.*

(2) *Placuit eos qui nascuntur, matrum conditionibus uti, quarum mox visceribus exponuntur. Antè verò litem nati, suo nomine omnes in quæstionem vocentur, quoniam hos solos qui in lite nati erant, omnem fortunam matrum complecti oportet, aut justis tradi dominis, aut libertate cum lucis auctoribus frui.*

(1) Nous reviendrons ci-après, art. 2, nº 3, sur cette partie de la loi.

frère de ses autres enfans, l'oncle de ses petits-enfans, et le neveu ou le cousin de ses parens collatéraux.

Et remarquons bien que les lois citées ne font pas, à cet égard, la même distinction que nous avons vu au n° précédent, la loi dernière, C. *de liberali causâ*, établir par rapport au jugement rendu sur une question de liberté ou de servitude; qu'elles ne mettent aucune différence, soit entre les enfans, soit entre les petits-enfans et parens collatéraux du mari, qui étaient nés ou conçus avant le procès, et ceux qui ne sont nés ou n'ont été conçus que pendant le procès ou après le jugement; et qu'elles attribuent à ce jugement, sans exception quelconque, l'autorité de la chose jugée *in omnibus causis*. Ainsi, dit M. Toullier, d'après ces lois mêmes (*Droit civil français*, liv. 3, tit. 3, chap. 6, sect. 3, n° 217), « le jugement qui prononce » qu'un enfant, à qui l'on contestait son état, » est né de tel père et de telle mère, unis en » légitime mariage, le rend frère-germain » des autres enfans *nés et à naître* du même » mariage, parent de tous les parens collatéraux *nés et à naître*, tant de son père que » de sa mère, habile à leur succéder jusqu'au » douzième degré, à recueillir non-seulement les successions échues depuis sa naissance, mais encore celles qui écherront » dans quelque temps que ce soit ».

Mais d'où vient, pour un pareil jugement, une autorité aussi étendue et aussi peu d'accord avec les principes du droit commun sur l'effet de la chose jugée?

Est-ce, comme le pense M. Toullier, de son caractère de jugement rendu sur une Question d'état? Point du tout; c'est dans la nature spéciale de l'objet sur lequel porte ce jugement, qu'il faut en chercher la cause.

Lorsqu'il y a mariage, la question de paternité est un mystère dans lequel il n'appartient qu'au mari de pénétrer; et de même que, s'il se reconnaît père, la filiation de l'enfant est irrévocablement assurée, sans que personne soit recevable à la contredire, de même aussi lorsqu'il nie sa paternité et que le juge accueille ou rejette son désaveu, le jugement est, par la nature même des choses, une loi pour tous, parceque ce désaveu ne peut venir que de lui; parceque lui seul a qualité pour le faire; parcequ'après l'avoir fait, il a seul qualité pour le soutenir; en un mot, parcequ'il est le seul contradicteur légitime de l'état de l'enfant mis au monde par sa femme.

Sans doute, s'il meurt dans les délais que la loi lui accorde pour faire son désaveu, ses héritiers peuvent user du droit qu'il avait de le faire, suivant l'art. 317 du Code civil; mais en le faisant, ils prennent sa place; ils sont, comme le prouvent le même article et le suivant, combinés avec l'art. 316, de la même condition que lui; et par conséquent le jugement qui est rendu pour ou contre eux, a le même effet que s'il avait été rendu pour ou contre lui.

VI. Mais ce que les lois citées décident pour le cas où la maternité et le mariage étant constans, il n'y a de litigieux que la paternité, peut-il être étendu au cas où la paternité, la maternité et l'époque de la conception étant reconnues, c'est le fait du mariage qui est mis en question?

Comment cela se pourrait-il? Le motif de la disposition des lois citées est tout-à-fait étranger à ce second cas. Tout est mystérieux dans une question de paternité; tout est patent, au contraire, dans une question de mariage. Il faut donc, lorsque le fait du mariage est contesté, en revenir aux règles générales, suivant lesquelles tout individu qui n'a pas été partie dans un jugement, lors duquel il avait un intérêt personnel à être appelé, peut y former tierce-opposition; et telle est, comme l'on voit, la conséquence directe et immédiate du principe sur lequel est fondée la décision de la loi dernière, C. *de liberali causâ*, rapportée ci-dessus, n° 4, concernant les enfans qui existaient au moment où la liberté de leur mère a été mise en question devant le juge. Pourquoi, en effet, est-il nécessaire, suivant cette loi, que ces enfans soient appelés dans l'instance, pour que le jugement qui y interviendra contre leur mère, ait contre eux l'autorité de la chose jugée? Parcequ'ils ont un intérêt né et actuel à ce que leur mère triomphe de l'action intentée contre elle, parcequ'ils sont, à cet égard, investis d'un droit qui dérive sans doute de leur mère, mais qui est parallèle au sien, et leur est pleinement acquis par cela seul qu'ils existent. Eh bien! il en est de même, par exemple, des enfans que le père actionné en déclaration de légitimité par un autre enfant, a eu, d'un mariage antérieur au prétendu mariage dont celui-ci se prétend issu: ils ont un intérêt parallèle à celui de leur père, à ce que le réclamant soit écarté; par cela seul qu'ils existent au moment où il leur apparaît un prétendu frère, ils ont personnellement droit de s'assurer par eux-mêmes si ce prétendu frère l'est réellement; et par cette raison, si leur père succombe sans qu'ils aient été entendus ni appelés, la voie de la tierce-

opposition leur est nécessairement ouverte.

VII. Mais cette voie ne leur serait-elle pas fermée, s'ils s'étaient rendus héritiers de leur père?

Sur cette question, il faut distinguer entre les biens du père dont les tiers-opposans voudraient ôter à leur prétendu frère la part que lui assure le jugement qu'il a obtenu contre le père même, et les droits de famille qui leur appartiennent en leur seule qualité d'enfans légitimes.

Par rapport aux premiers, les tiers-opposans représentent leur père, parcequ'ils en sont héritiers, et ils ne peuvent pas revenir contre un jugement qui a acquis contre leur père l'autorité de la chose jugée.

Mais il en est autrement à l'égard des seconds : c'est sans doute par leur père que leurs droits de famille leur ont été transmis; mais ce n'est pas en leur qualité d'héritiers, c'est uniquement en qualité d'enfans, que la transmission leur en a été faite; ouvrage de la loi, elle s'est opérée indépendamment de la volonté du père; et par conséquent elle n'a pu être empêchée ni par aucun fait du père, ni par aucun jugement rendu contre le père.

C'est ainsi que cette Question et la précédente ont été jugées par un arrêt de la cour de cassation dont voici l'espèce.

Le 7 février 1765, Pierre-Paul de Pagèze, marquis de Saint-Lieux, veuf d'une demoiselle de Lévis qui lui avait laissé un fils nommé Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie, fait inscrire sur les registres publics, et revêt de sa signature, l'acte de naissance de « noble » Louis-Philippe-Paul de Pagèze, fils de mes» sire Pierre-Paul de Pagèze, seigneur, mar» quis de Saint-Lieux, et de dame Marie» Marguerite Dufresne, *mariés* ».

Le 15 juin 1767, contrat de mariage entre le marquis de Saint-Lieux et la demoiselle Dufresne qui y figurent tous deux, comme non encore mariés, et s'y promettent seulement de s'épouser à la première réquisition de l'un deux; preuve manifeste qu'il y avait altération volontaire de la vérité dans l'acte de naissance du 7 février 1765.

Ce contrat et la promesse qu'il contient, restent sans effet; et le 8 janvier 1782, la demoiselle Dufresne se marie à Toulouse avec le sieur Linon.

Le 14 août 1787, le marquis de Saint-Lieux fait donation entre-vifs de tous ses biens présens à Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie de Pagèze, son fils, issu de son mariage avec la demoiselle de Lévis.

En 1792, celui-ci émigre avec son épouse. En conséquence, les biens qui lui ont été donnés par son père, en 1787, sont confisqués.

Alors paraît Louis-Philippe-Pierre-Paul de Pagèze, qui, armé de son acte de naissance du 7 février 1765, se prétend fils légitime du marquis de Saint-Lieux, et réclame, en cette qualité, une portion dans les biens donnés par celui-ci à son fils émigré. Le marquis de Saint-Lieux défend à cette demande.

Le 13 avril 1793, jugement d'un tribunal de famille qui déclare, en effet, le demandeur fils légitime de son père.

Le marquis de Saint-Lieux appelle de ce jugement au tribunal de district de Lavaur; mais il ne se présente pas à l'audience pour exposer ses griefs; et un jugement par défaut, du 5 thermidor an 3, confirme celui du 13 avril 1793, « attendu que la filiation de Pa» gèze est établie par son acte de naissance; » que son père et Marie-Marguerite Dufresne » étaient réputés mari et femme; que c'est » durant cette possession que Louis-Philippe» Pierre-Paul de Pagèze est venu au monde; » qu'elle a été continuée après sa naissance, » et qu'il a joui de ses effets lors de sa con» ception, de sa naissance et pendant les pre» mières années de son enfance, puisqu'il a » été nourri et élevé comme fils légitime dans » la maison paternelle ».

Le 26 du même mois, ce jugement est signifié au marquis de Saint-Lieux, qui meurt quelque temps après, sans y avoir formé opposition, ni l'avoir attaqué par aucune voie.

En conséquence, et sur le vu de ce jugement, l'administration du district de Lavaur prend un arrêté par lequel les biens composant la succession du marquis de Saint-Lieux, sont abandonnés à Philippe-Pierre-Paul de Pagèze.

Le 2 pluviôse an 11, arrêté qui réintègre Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie de Pagèze, rentré en France en vertu du sénatus-consulte du 6 floréal an 10, dans la propriété de tous ceux de ses biens qui n'ont pas été vendus.

En novembre 1807, il fait assigner Louis-Philippe-Pierre-Paul de Pagèze devant le tribunal de première instance de Gaillac, pour le faire déclarer enfant naturel de leur père commun, et condamner en conséquence au délaissement des biens qui lui ont été délivrés comme prétendu fils légitime de celui-ci; mais il meurt pendant les débats qui suivent cette demande, laissant du mariage qu'il avait contracté en 1791, un fils nommé Alphonse qui prend, en 1814, le titre de comte de Saint-Lieux.

En 1817, ce dernier, sans reprendre l'ac-

tion intentée par son père, en forme une nouvelle tendant uniquement à ce qu'il soit fait défense à Louis-Philippe-Pierre-Paul de Pagèze de prendre, à l'avenir, la qualité d'enfant légitime du marquis de Saint-Lieux.

Louis-Philippe-Pierre-Paul excipe de la chose *jugée* entre lui et leur père commun.

De son côté, Alphonse de Saint-Lieux forme tierce-opposition au jugement du 5 thermidor an 3, et en demande l'annullation.

Le 20 août 1818, jugement qui déclare Louis-Philippe-Pierre-Paul de Pagèze *enfant naturel* du marquis de Saint-Lieux, et lui fait défense de se qualifier d'enfant légitime.

Appel de ce jugement à la cour royale de Toulouse de la part de Louis-Philippe-Pierre-Paul; et le 11 juin 1819, arrêt qui déclare la tierce-opposition au jugement du 5 thermidor an 3, non-recevable, infirme le jugement du 10 août 1818, et rejette la demande d'Alphonse de Saint-Lieux,

« Attendu qu'il représente, comme fils et comme héritier, le sieur Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie de Pagèze de Saint-Lieux, son père, qui lui-même représentait Pierre-Paul de Pagèze, son père;

» Que la donation de 1787 n'embrassait que les biens présens; que rien ne prouve que Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie de Pagèze ait opté pour cette donation et répudié la succession qui lui était déférée par la nature et par la loi;

» Que les explications fournies dans le cours des plaidoiries, ont assez prouvé que, soit du chef de son père, soit du sien, Alphonse de Saint-Lieux n'a pas répudié et ne veut pas répudier la succession de son grand-père;

» Qu'à la vérité, il prétend agir comme héritier bénéficiaire, soutenant que ce bénéfice lui est acquis, non en vertu d'une déclaration expresse faite par lui ou par son père, mais en vertu de l'inventaire qui dût être dressé au décès de Pierre-Paul de Pagèze, au nom de l'État succédant du chef de l'émigré; mais que cet inventaire n'est point rapporté; que son existence n'est nullement prouvée; qu'au surplus, Alphonse de Saint-Lieux et son père ont fait, sans restriction, des actes d'héritiers, en réclamant, soit de l'État, soit du sieur de Pagèze, des biens qui font évidemment partie de la succession de Pierre-Paul de Pagèze;

» Que, puisqu'il est constant en fait que l'intimé est héritier de son grand-père, il est constant en droit que la voie de la tierce-opposition envers des jugemens rendus avec ce même grand-père, ne lui est point ouverte;

» Attendu que ce principe consacré par l'art. 2, tit. 35, de l'ordonnance de 1667, et par l'art. 474 du Code de procédure civile, s'applique à tous les cas; qu'il en est de même du principe sur l'autorité de la chose souverainement jugée, consacré par l'art. 1350 du Code civil; qu'aucun de ces articles n'excepte telle ou telle matière des dispositions qu'ils renferment... ».

Le comte de Saint-Lieux se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et le dénonce comme violant, par une fausse application des art. 724 et 1350 du Code civil, l'art. 474 du Code de procédure.

C'est une vérité constante (dit-il en substance) et qui est même implicitement reconnue par le jugement du 5 thermidor an 3, qu'il n'a jamais existé de mariage entre le marquis de Saint-Lieux et la demoiselle Dufresne, père et mère du sieur de Pagèze; et de là la conséquence nécessaire que le sieur de Pagèze ne peut être que leur enfant naturel. Qu'importe que le jugement du 5 thermidor an 3 l'ait déclaré enfant légitime? Ce jugement rendu contre mon aïeul seulement, n'a pas pu nuire à mon père qui n'y a pas été partie, quoiqu'il eût qualité pour y être appelé, et ne peut conséquemment pas me nuire à moi-même. Qu'importe encore que je sois ou non héritier de mon aïeul? Il ne s'agit pas ici de droits que mon aïeul m'ait transmis; ce n'est point dans sa succession que j'ai puisé ceux que je réclame; ils me sont propres et personnels, et la loi me les garantit même contre la volonté de mes auteurs. Je ne puis être représenté que par moi-même pour tout ce qui se rattache à ces droits, parceque je ne les tiens de personne, et qu'à cet égard, je n'ai d'autres auteurs que la nature et la loi. Donc, pour la défense de ces droits, mon père n'a point formé avec mon aïeul une seule et même partie; donc mon aïeul n'a point représenté mon père dans l'instance; donc l'art. 474 du Code de procédure ouvrait à mon père, comme il m'ouvre à moi-même, la voie de la tierce-opposition; donc cet article a été violé.

A ces moyens le sieur de Pagèze oppose que le demandeur ne peut pas à la fois être héritier de son aïeul pour recueillir ses biens, et en abdiquer la qualité pour repousser un jugement rendu contre lui; qu'il est d'ailleurs universellement reconnu par les jurisconsultes que le jugement rendu contre un père, sur une question de filiation, a l'autorité de la chose jugée contre toute sa famille; que, s'il en était autrement, chaque génération, chaque membre de la famille aurait le droit d'attaquer de nouveau l'état d'un individu et

de le livrer aux incertitudes d'un nouveau procès, malgré l'autorité d'une foule de jugemens qui l'auraient reconnu et consacré; que rien ne serait plus contraire aux principes d'une bonne législation et d'une sage jurisprudence qui tendent toujours à affermir et consolider l'état des hommes; que l'on doit au moins reconnaître que, lorsqu'un membre de la famille aura contesté l'état du réclamant et succombé dans cette contestation, ses descendans et ses ayant-cause seront liés par le jugement, comme il l'était lui-même; que la cour royale de Toulouse n'a donc pas fait une fausse application, soit de l'art. 350 du Code civil, soit de l'art. 474 du Code de procédure, en décidant que l'un et l'autre embrassent tous les cas, et que les Questions d'état n'en sont pas exceptées.

Le demandeur réplique que la doctrine des jurisconsultes sur la prétendue autorité extraordinaire des jugemens rendus sur les Questions d'état, est expressément limitée par eux au cas où ces jugemens ont été rendus avec de légitimes contradicteurs qui se sont véritablement et sérieusement défendus; que ce cas n'est point celui qui se présente dans l'espèce, puisque, d'une part, le comte de Saint-Lieux, qui était un des contradicteurs légitimes de l'état du sieur de Pagèze, n'a point été mis en cause lors du jugement du 5 thermidor an 3; et que, de l'autre, le marquis de Saint-Lieux s'est laissé condamner par défaut; que, sans doute, l'art. 1350 du Code civil et l'art. 474 du Code de procédure s'appliquent aux Questions d'état comme à toutes les autres; mais qu'ils supposent que la partie contre laquelle on excipe d'un jugement quelconque, y a été présente en personne ou dûment *représentée*; et que l'on ne peut pas dire que le fils soit représenté par son père, ni le frère par son frère, dans le jugement qui attribue un frère à l'un, un neveu à l'autre et à tous deux un héritier; que l'inconvénient qu'il y aurait de voir, à chaque génération, attaquer les jugemens par lesquels serait réglé l'état d'un citoyen, est dans la nature des choses et ne peut être évité sans des inconvéniens beaucoup plus graves; que, si la multiplicité des procès est une chose déplorable, la condamnation d'un individu qui n'a pas été mis à même de se défendre, est plus déplorable encore; que d'ailleurs cet inconvénient se réduit à peu de chose; que le principe d'après lequel toute personne intéressée peut former tierce-opposition au jugement rendu sur une question de filiation, admet une restriction qui en rend l'application beaucoup moins étendue que ne le suppose le sieur de Pagèze; qu'en parlant des personnes *intéressées*, la loi n'a en vue que celles qui, lors du jugement, ont un droit acquis, une possession à défendre; et que par conséquent elles concentrent la contestation dans la génération existante au moment du jugement même; qu'ainsi restreinte, ainsi appliquée, la faculté laissée aux parties intéressées de former tierce-opposition, a plus d'avantages que d'inconvéniens, non-seulement pour l'intérêt des familles, mais aussi pour l'ordre public.

Par arrêt du 9 mai 1821, rendu après trois jours de délibéré,

« Vu les art. 724 et 1350 du Code civil...;

» Vu aussi l'art. 474 du Code de procédure civile...;

» Considérant que les enfans acquièrent, en naissant d'un mariage légitime, des droits propres et personnels qu'il ne faut pas confondre avec ceux qui peuvent leur appartenir comme héritiers dans la succession de leurs auteurs; qu'à l'égard de ces derniers droits, les enfans sont tenus de remplir tous les engagemens de leurs pères, et qu'ils ne peuvent point, par conséquent, former tierce-opposition aux jugemens rendus contre eux; mais qu'il en est autrement des droits de famille acquis aux enfans par le seul fait de leur naissance en mariage légitime; que, respectivement à ces droits, leurs auteurs ne peuvent, ni les obliger par leur fait, ni les représenter dans les instances où ces enfans n'ont pas été personnellement appelés;

» Considérant qu'il est constant et reconnu, en fait, que le demandeur n'a été partie ni présente ni appelée dans le jugement du tribunal civil de Lavaur, du 5 thermidor an 3;

» Considérant d'ailleurs que Louis-Pierre-Charles-Philippe-Marie de Pagèze, père du demandeur, avait un intérêt direct à la question de légitimité élevée par le défendeur contre le marquis de Saint-Lieux, non-seulement comme enfant légitime et membre de la famille, mais aussi comme donataire de tous les biens présens du marquis de Saint-Lieux; d'où il suit que le demandeur a eu, du chef de son père, droit et qualité pour former tierce-opposition au jugement du 5 thermidor an 3; et qu'en la rejetant par fin de non-recevoir, la cour royale de Toulouse a fait une fausse application des art. 724 et 1350 du Code civil, et violé l'art. 474 du Code de procédure civile....;

» La cour casse et annulle.... ».

En exécution de cet arrêt, la cause est reportée, sur le fond, devant la cour royale de Montpellier.

Là, après les plaidoiries des défenseurs des parties, le ministère public s'est expliqué en ces termes :

« La première question qui se présente, est de savoir si Louis-Philippe de Saint-Lieux, fils et héritier du marquis de Saint-Lieux, était recevable, en cette qualité, à former tierce-opposition au jugement du 5 thermidor an 3.

» Il aura eu ce droit, s'il est vrai qu'il n'a pas été représenté par son père; et il n'aura pas été représenté par son père, s'il avait des droits de famille indépendans de son père et distincts de ses droits héréditaires. L'existence de ces droits de famille nous dispensera même de chercher si le comte de Saint-Lieux était donataire ou héritier pur et simple, parceque, même dans ce dernier cas, il n'aurait pas perdu l'exercice de ces droits de famille, sur lesquels il n'avait pas été prononcé à cet égard.

» Avant de nous déterminer sur ce point, élevons-nous à de plus hautes considérations, et recherchons quels sont les droits et les devoirs des pères et des enfans légitimes.

» Le mariage constitue les familles; ceux qui naissent du mariage, en reçoivent une qualité qu'ils ne tiennent que de la loi. Le père, qui ne peut avoir des enfans légitimes que par le mariage, ne peut donner que par le mariage, des frères légitimes aux enfans qu'il a déjà eus. Une reconnaissance qu'il ferait d'un enfant naturel, auquel il voudrait conférer la qualité de légitime, ne pourrait point être opposée à ses enfans véritablement légitimes, parcequ'il n'est pas le maître d'ôter ni de donner la légitimité. L'art. 339 du Code civil, *permettant à tous ceux qui y ont intérêt de contester la reconnaissance qu'un père ferait d'un enfant naturel, le permet à l'enfant* légitime, et le lui permet, à bien plus forte raison encore, si la reconnaissance avait pour objet de conférer à un enfant naturel la qualité d'enfant légitime.

» Mais si la volonté du père, quelque forte, quelque libre qu'elle soit, ne peut point, à cet égard, lier les enfans légitimes, les jugemens qui seront intervenus entre le père et l'enfant, déclaré par eux légitime, ne le pourront pas davantage.

» Et en effet, si les enfans, comme fils, comme héritiers de leur père, devaient aussi respecter les jugemens rendus contre lui, ils devraient aussi respecter les reconnaissances ou les transactions qu'il aurait passées : comme fils, comme héritiers, ils seraient tout aussi bien obligés par un acte qui renfermerait l'expression libre de la volonté de leur père, qu'ils le seraient par un jugement. Un jugement n'a pas plus de force qu'une convention; et si les enfans étaient représentés par leur père dans un jugement sur les Questions d'état, ils le seraient aussi dans tous les actes souscrits en cette matière par leur père : d'où l'on voit que, puisque l'on ne peut pas soutenir qu'une reconnaissance ou une transaction peut lier l'enfant légitime, un jugement ne le peut pas davantage; et que l'enfant ne pouvant pas être réputé partie dans les conventions que le père peut avoir souscrites sur ce point, il ne peut pas davantage être réputé partie dans le jugement qui a prononcé sur une question de cette nature.

» On dirait vainement que les jugemens offrent des garanties que les conventions n'offrent pas, et que l'intervention des magistrats et du ministère public suffit pour établir que les droits des parties ont été pleinement discutés et défendus.

» S'il en était ainsi, il faudrait effacer de nos lois la tierce-opposition; car il n'est pas de jugement où les magistrats et le ministère public n'interviennent. Il suffit que nous ayons des droits sur lesquels la partie condamnée ne pouvait point nous lier, pour qu'il nous soit permis d'attaquer le jugement qu'on nous oppose.

» Nos lois nous offrent plusieurs exemples de jugemens rendus en cette matière, qui ne lient point ceux dont les pères y ont été parties. L'art. 54 du Code civil veut que, toutes les fois qu'un tribunal connaît des actes de l'état civil, les parties intéressées puissent se pourvoir contre ce jugement. Ainsi, entre un père et son enfant naturel, il sera rendu un jugement sur quelque acte de l'état civil, *et il résultera* de ce jugement que cet enfant *est légitime*; les autres enfans légitimes pourront, en vertu de l'art. 54, se pourvoir contre ce jugement, parcequ'ils sont bien certainement compris dans ces expressions, *les parties intéressées*.

» L'art. 100 veut que le jugement de rectification d'un acte de l'état civil ne puisse, dans aucun temps, être opposé aux parties qui ne l'auraient point requis, ou qui n'y auraient point été appelées. Ainsi, un jugement sera rendu entre un père et son enfant naturel, et ce jugement ordonnera que la qualification d'enfant naturel fera place, dans les registres, à celle d'enfant légitime : quelque acquiescement que le père ait donné à ce jugement, quelque laps de temps qu'il se soit écoulé, les enfans légitimes, qui sont bien les parties intéressées, ne seront point liés par ce jugement.

» Et que deviendraient, en effet, les familles, s'il pouvait dépendre d'un père, soit par une convention, soit par un acquiescement à un jugement, de donner à ses enfans nés du mariage, des frères nés d'un commerce illicite? L'ordre que le mariage établit dans la société, les relations de parenté qu'il fait naître, seraient troublées et corrompues.

» Aussi, les jugemens rendus contre le père sur les questions de ce genre, n'acquièrent point l'autorité de la chose jugée contre le fils.....

» Mais, dit-on, s'il en est ainsi, un enfant pourra être légitime, à l'égard de son père, et illégitime, à l'égard des autres parens de celui-ci, et cependant il est de principe que la légitimité est indivisible.....

» Cette contradiction existera de même, lorsqu'un jugement de rectification des registres de l'état civil, rendu contre un père, et devenu souverain contre lui, sera réformé sur les réclamations du fils, auquel la loi donne le droit d'attaquer ce jugement. Cette contradiction existe encore dans tous les cas où un fait est déclaré vrai contre une partie, et reconnu faux dans l'intérêt d'un autre. La vérité cependant est indivisible comme la légitimité; mais les jugemens ne sont que dans l'intérêt de ceux qui les obtiennent. La chose jugée est la vérité. Mais qu'est-ce que la chose jugée? C'est, nous dit la loi, ce qui a été prononcé entre les mêmes parties, en la même qualité sur la même cause et sur la même chose. (Code civil, art. 1351).....

» Il nous paraît donc que le comte de Saint-Lieux, alors même qu'il serait héritier pur et simple de son père, trouverait dans sa qualité de fils légitime du marquis de Saint-Lieux, étant né surtout avant le jugement de l'an 3, le droit de former tierce-opposition à ce jugement, et que cette opposition est recevable.

» Mais, et c'est ici la seconde question du procès, le comte de Saint-Lieux doit-il être considéré comme ayant acquiescé au jugement de l'an 3, par l'exécution que le gouvernement, qui le représentait, a donné à ce jugement?

» Il est certain que le droit de successibilité dérive de la légitimité, et que, si un individu est admis à recueillir la portion due à l'enfant légitime, la délivrance qui lui en est faite, emporte reconnaissance de sa légitimité.

» Deux objets importans sont, en effet, réglés par la loi civile : l'ordre de parenté et l'ordre de la transmission des biens; l'un dépend de l'autre, l'un est la conséquence nécessaire de l'autre; on ne peut jouir du premier, sans avoir droit au second; on ne peut avoir droit au second, sans être en jouissance du premier

» Il s'ensuit de là que, lorsqu'une succession vient à s'ouvrir, celui qui, du consentement des parens légitimes, y prend part en qualité de parent légitime, ne peut plus être recherché par eux sur cette qualité; et pourquoi? Parceque dans eux se trouvent réunis et les droits personnels et les droits héréditaires; parcequ'ils se trouvent liés les uns et les autres par des actes qui sont également obligatoires pour tous. C'est là ce qui a été jugé par la cour de cassation, le 13 avril 1820, dans l'affaire de Lecamus. Dans l'espèce de cet arrêt, la fille Lecamus avait été reconnue fille légitime par les parens de sa mère, et, en cette qualité, elle avait été admise dans une succession; *une autre succession* devant se partager encore entre les mêmes parens de la mère, ils voulurent écarter la fille; mais ils l'avaient déjà reconnue et acceptée pour leur parente légitime, et ne pouvaient plus la repousser (1).

» Ainsi, si le comte de Saint-Lieux a partagé les biens de son père avec le sieur Pagèze; et lui a, en vertu du jugement de l'an 3, départi la portion à laquelle la qualité de fils légitime lui donnait droit, il aura acquiescé à ce jugement; et son fils, partie au procès, sera irrécevable dans sa tierce-opposition (2).

» Mais ce n'est pas le comte de Saint-Lieux qui a partagé avec le sieur Pagèze, c'est le gouvernement, saisi, par la confiscation, des biens qui lui appartenaient.

» Il est vrai que la loi, en vertu de laquelle le comte de Saint-Lieux est rentré dans sa patrie, lui a imposé l'obligation de respecter tout ce qu'a fait le gouvernement, et de

(1) Ce n'est point là ce qu'a *jugé cet arrêt*; et je crois avoir prouvé à l'article *Mariage*, sect. 5, §. 3, n° 12, que, s'il se fût agi *d'une autre succession* que celle au partage de laquelle la fille Lecamus avait été admise comme légitime, la décision eût dû être toute différente.

(2) Il me paraît, au contraire, d'après ce qui est dit dans la note précédente, que même, dans cette hypothèse, le comte de Saint-Lieux eût dû être déclaré recevable dans sa tierce-opposition, parcequ'il ne la formait pas à l'effet de revendiquer les biens de son aïeul abandonnés à son adversaire par l'administration du district de Lavaur, mais uniquement pour faire juger que son adversaire n'avait pas les droits de famille qu'il s'arrogeait.

tenir pour fait par lui-même, tout ce qui a été fait par l'autorité administrative.

» Mais le gouvernement n'exerçait les droits de l'émigré que dans ce qui avait rapport aux biens, il ne se mêlait en rien de ce qui concernait la famille; aussi, tandis que, maître absolu des biens, il en disposait comme de sa chose, qu'il représentait l'émigré pour vendre ses immeubles, pour payer ses dettes, il n'intervenait, ni dans les conseils de famille où étaient discutés les intérêts des enfans de l'émigré, ni dans les instances en divorce que pouvaient intenter leurs femmes. Une réclamation d'état d'enfant légitime de l'émigré était-elle formée? Le gouvernement n'y était point appelé; nous en avons l'exemple dans la cause (1). Seulement, quand la réclamation était jugée et admise, il expédiait à l'enfant la portion que sa qualité lui donnait; preuve certaine que les droits civils de l'émigré n'étaient alors exercés, ni par le gouvernement, ni par aucun autre intermédiaire; en sorte, qu'à son retour, l'émigré les a trouvés tout entiers.

» Il faut donc reconnaître que le gouvernement, exerçant seulement les droits de l'émigré sur les biens, n'a pas pu le représenter quant aux droits de famille : ce sera à l'autorité administrative à juger si le comte de Saint-Lieux est lié, quant aux biens, par le partage qu'elle a fait avec le sieur Pagèze; mais, comme il ne s'agit devant vous que de ses droits personnels, nous pensons qu'on ne peut pas tirer une fin de non-recevoir contre lui des acquiescemens donnés par le gouvernement au jugement de l'an 3.

» Quant à l'objection prise du défaut d'intérêt actuel, elle ne paraît pas fondée. Le comte de Saint-Lieux a le plus grand intérêt à ne pas reconnaître pour son oncle celui qu'il soutient ne l'être pas. La parenté est un bien, une propriété plus précieuse encore que les autres. On est toujours intéressé à repousser celui qui se dit notre parent, alors même qu'en cette qualité, il ne nous demande rien.

» Il nous semble donc que la tierce-opposition formée par le comte de Saint-Lieux au jugement de l'an 3, est recevable. Doit-elle être déclarée bien fondée? Voilà ce qui reste à examiner. Elle sera bien fondée, s'il est établi qu'il n'a jamais pu exister de mariage entre le marquis de Saint-Lieux et la demoiselle Dufresne; car c'est un principe de droit incontestable que le mariage seul peut donner des enfans légitimes.

» Si, dans l'ancienne jurisprudence, on trouvait quelques exemples d'enfans déclarés légitimes, sans qu'il apparût du mariage de leur père et mère, ce n'était qu'à raison des présomptions puissantes qui s'élevaient en faveur du mariage, dont la bonne foi des parties et la possession d'état des enfans démontraient suffisamment l'existence.

» Dans l'espèce, il est impossible d'admettre qu'il ait jamais existé un mariage entre le sieur de Saint-Lieux et la demoiselle Dufresne; le procès fournit, au contraire, une preuve incontestable qu'aucune union légitime n'a jamais existé entre ces deux individus, puisqu'on sait qu'en 1782, et durant la vie du marquis de Saint-Lieux, Marguerite Dufresne avait contracté un mariage, et que cette union dissipait tous les nuages, et faisait évanouir toutes les difficultés ».

En conséquence, conclusions à ce que la tierce-opposition du comte de Saint-Lieux soit admise et déclarée bien fondée.

Et par arrêt du 24 janvier 1822,

« Attendu, sur l'exception prise de la chose jugée, que ce n'est point comme héritier de son aïeul que le comte de Saint-Lieux agit contre le sieur Pagèze, pour le faire déclarer fils naturel et non légitime du marquis de Saint-Lieux, son aïeul; qu'en formant cette action, il exerce des droits personnels, des droits de famille, résultant du mariage du marquis de Saint-Lieux, aïeul, avec la demoiselle de Lévis, et de la naissance de son père Louis-Pierre-Charles-Philippe de Pagèze, marquis de Saint-Lieux, fruit de cette union légitime; que, ni le demandeur, ni son père, n'ont été parties ouïes ni appelées dans le jugement du tribunal de Lavaur, du 5 thermidor an 3; qu'ils n'ont pas été représentés lors de ce jugement dans leur intérêt propre et personnel; qu'on doit donc considérer ce jugement, comme étranger audit comte de Saint-Lieux, et non-susceptible de lui être opposé; et que, par conséquent, et à plus forte raison, sa tierce-opposition envers ce jugement, doit être reçue, lorsqu'il exerce tout à la fois ses droits de famille et ceux que lui assurait la donation faite à son père, le 14 août 1787;

» Attendu, d'ailleurs, qu'aucun acquiescement à ce jugement n'a été ni pu être donné par l'État, pendant l'émigration dudit marquis de Saint-Lieux fils, parceque l'État ne le représentait pas, et ne pouvait nullement le représenter, dans ses droits de famille; qu'ainsi, le jugement du district de Lavaur,

(1) Il y en a un autre exemple dans l'affaire que j'ai rapportée aux mots *Opposition (tierce)*, §. 2, art. 10, n° 2.

et rien de ce qui s'en est suivi, ne peut mettre obstacle à l'action exercée par le comte de Saint-Lieux;

» Attendu, sur l'appel au fond, que c'est avec raison que le tribunal de Gaillac a fait l'application du principe *qu'il ne peut exister de légitimité sans un mariage célébré entre le père et la mère;* que, si, dans certains cas, l'acte de naissance, joint à la bonne foi des père et mère, et à la possession d'état du fils, ont pu le faire déclarer légitime, ces exceptions rares ne font que confirmer le principe général, et qu'elles ne peuvent recevoir leur application au cas actuel, où l'acte de naissance est le seul titre que l'appelant puisse invoquer, lorsqu'on lui oppose le contrat de fiançailles de sa mère avec le sieur Linon, du 8 janvier 1782, époque à laquelle le marquis de Saint-Lieux, aïeul, était encore vivant, et où les liens d'un premier mariage, s'il eût existé, ne pouvaient pas être rompus; et lors, enfin, que les arrêts du parlement de Toulouse, dont il cherche à se prévaloir, n'ont pour objet que des alimens, ou un établissement qu'il ne demandait qu'à titre de fils naturel, qu'il ne pouvait pas demander comme fils légitime, puisqu'il exerçait cette action, conjointement avec sa mère, alors mariée au sieur Linon; qu'ainsi, rien ne peut défendre la légitimité contestée à l'appelant, et faire maintenir son état civil;

» La cour, sans s'arrêter à l'exception de la chose jugée, et recevant, en tant que de besoin, l'intimé tiers-opposant envers le jugement du tribunal de Lavaur, du 5 thermidor an 3, déclare le susdit jugement étranger et non opposable, dans aucun cas, au comte de Saint-Lieux; et, sans avoir égard à l'appel du sieur Pagèze envers le jugement du tribunal de Gaillac, du 20 août 1818, ordonne que ce dont a été appelé, sortira effet (1) ».

VIII. A plus forte raison ne pourrait-on pas appliquer la disposition des lois 1, 2 et 3, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, au cas où le mariage n'étant pas révoqué en doute, la maternité serait contestée en même temps que la paternité. Alors, en effet, le jugement rendu contre un seul des deux époux, aurait bien contre lui l'autorité de la chose jugée; mais il ne l'aurait, ni contre l'autre, ni contre la famille de celui-ci. Cela résulte clairement des lois romaines qui sont citées au n° 4; et c'est, comme on peut le voir aux mots *Opposition* (*tierce*), §. 2, art. 10, ce qu'a décidé formellement un arrêt de la cour de cassation, du 6 janvier 1809.

IX. *A plus* forte raison encore ne pourrait-on pas opposer à un tiers ayant qualité pour attaquer un mariage, le jugement qui aurait été rendu, même entre ou avec les deux époux sur la question de savoir s'il est valable ou non, et qui aurait prononcé pour l'affirmative.

Par exemple, Pierre et Jeanne se sont mariés en minorité sans le consentement de leurs parens respectifs. Pierre, devenu majeur, a usé dans l'année de sa majorité, du droit que lui donnaient les art. 182 et 183 du Code civil; il a fait assigner Jeanne en justice pour voir déclarer que leur mariage était nul; mais il a été débouté de sa demande. Son père, averti par l'éclat qu'a fait cette procédure, de la célébration du mariage qu'il avait ignoré jusqu'alors, se pourvoit à son tour et renouvelle la demande en nullité inutilement tentée par son fils. Jeanne peut-elle, sous le prétexte qu'il s'agit d'une Question d'état, lui opposer le jugement qu'elle a obtenu contre Pierre?

Comment le pourrait-elle? Le père tenait de la loi, avant que ce jugement fût rendu, le droit d'attaquer le mariage de son fils; et ce droit qui lui était acquis, il ne pouvait le perdre que par son propre fait. Il n'en a donc pas été privé par l'exercice que son fils a fait de celui qu'il avait lui-même d'attaquer son propre mariage; et d'ailleurs il n'a été ni pu être représenté par son fils dans l'instance terminée par ce jugement; il est donc impossible de lui contester le droit de former tierce-opposition; et il est bien évident qu'un jugement qu'il peut écarter par une tierce-opposition, ne peut être d'aucun effet à son égard.

Mais faisons une autre hypothèse: Jacques, déjà marié avec Claire qu'il savait très-bien exister encore, a épousé Catherine qui n'ignorait pas plus que lui les liens dans lesquels il se trouvait engagé. Dix ans après, l'action publique de son crime de bigamie étant prescrite (1), Claire a intenté contre lui et Catherine une action civile en nullité de leur mariage, mais elle a échoué faute de preuve légale qu'elle fût elle-même la femme légitime de Jacques. Les choses en cet état, Jacques meurt, et Catherine prétend exercer contre ses héritiers collatéraux, tous les droits résultant de ses conventions matrimoniales.

Ceux-ci rapportent la preuve qu'au moment

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 24, partie 2, page 58.

(1) *V.* l'article *Mariage*, sect. 6, §. 2, cinquième *question* sur l'art. 184 du Code civil.

où il l'a épousée, Jacques était réellement marié avec Claire; et concluent, par suite, à ce que le mariage qu'elle a contracté avec lui, soit déclaré nul: peuvent-ils, doivent-ils être écoutés?

La raison de douter est que, différens en cela du père dont il est question dans l'hypothèse précédente, ils n'avaient pas d'intérêt né et actuel à l'annulation du mariage, lorsque la demande en a été formée par Claire, et que, dès-là, ils ne sont pas recevables à former tierce-opposition au jugement qui a rejeté cette demande.

Mais si c'est bien raisonner que de dire, « tel jugement est susceptible de tierce-opposition de ma part, donc il n'a pas contre » moi l'autorité de la chose jugée »; ce serait raisonner fort mal que de dire: « Tel jugement a contre vous l'autorité de la chose » jugée; car vous n'aviez pas au moment où » il a été rendu, de qualité qui obligeât de » vous appeler dans l'instance; et dès-lors, » vous n'êtes pas recevable à y former tierce-» opposition ». Le droit de former tierce-opposition, est bien exclusif de l'exception de la chose jugée; mais l'exception de la chose jugée ne résulte pas nécessairement de l'absence de ce droit.

Eh! comment, dans notre hypothèse, les héritiers collatéraux de Jacques seraient-ils privés par un jugement dans lequel ils n'ont pu être parties, de l'exercice du droit que leur attribue la loi d'attaquer son mariage après sa mort?

X. Mais le jugement par lequel un individu s'est fait déclarer fils de telle femme, formerait-il *obstacle à l'action que ce même individu viendrait ensuite intenter contre une autre femme, à l'effet de faire juger qu'elle est* sa mère?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

Le 6 août 1790, la sénéchaussée de Bigorre, d'après une enquête et sur la demande intentée par le nommé Jean, en déclaration de maternité contre Victoire Sulbert, et par suite en déclaration de paternité contre Théodore Carle, époux de celle-ci, le déclare fils de l'une et de l'autre, et ordonne que la sentence sera inscrite sur les registres de la cathédrale de Tarbes, *à l'effet de lui tenir lieu d'acte de naissance.*

Cette sentence est exécutée; et en conséquence, Jean Carle jouit, pendant plusieurs années, de l'état qu'elle lui assigne.

Mais en 1796, il se prétend fils naturel, et par conséquent héritier, d'après la loi du 12 brumaire an 2, de Michelle Noguez, décédée depuis peu sans enfans; et il revendique, en cette qualité, contre les frère et sœur Lépinaist, un immeuble qu'ils ont acquis de sa prétendue mère et dont il soutient que la vente et nulle.

Le 6 pluviôse an 5, jugement du tribunal civil du département des Hautes-Pyrénées qui, sans préjudicier aux droits des parties, admet Jean Carle à prouver la filiation qu'il réclame.

Ce jugement est suivi d'une enquête dont le résultat paraît favorable à la prétention de Jean Carle. Cependant il intervient, le 12 fructidor de la même année, un jugement définitif qui renvoie les frère et sœur Lépinaist de la demande formée contre eux, « attendu 1° que Michelle Noguez étant dé» cédée postérieurement à la publication de » la loi du 12 brumaire an 2, le demandeur » ne peut pas s'aider de la preuve vocale pour » s'en faire déclarer l'enfant, l'art. 8 de cette » loi n'étant applicable qu'aux enfans natu» rels dont les père et mère sont morts avant » sa publication (1); 2° que l'état du deman» deur est irrévocablement fixé par la sen» tence du 6 août 1790, qui, sur sa réquisi» tion, l'a déclaré fils de Théodore Carle et » de Michel Sulbert, mariés ».

Jean Carle appelle de ce jugement, et en attaque les deux motifs: le premier, en soutenant que l'art. 8 de la loi du 12 brumaire an 2 est commun aux enfans dont les père et mère étaient décédés avant la publication de cette loi, et aux enfans dont les père et mère ne sont décédés que depuis; le second, en exposant que ce n'est pas sur ses poursuites qu'a été rendue la sentence de 1790, mais bien sur celles d'un procureur nommé Decamp, qui les avait faites sous son nom et à son insçu.

Ces deux moyens étaient également dépourvus de fondement.

D'une part, il est certain que les enfans naturels dont les père et mère étaient morts après la publication de la loi du 12 brumaire an 2, ne pouvaient, même avant le Code civil, établir leur filiation que par des reconnaissances authentiques. Cela est démontré dans un rapport que j'ai fait au directoire exécutif (le 12 ventôse an 5, et qui est inséré dans le *Bulletin des lois* avec l'arrêté qui s'en est ensuivi); et c'est ce que reconnaît solennellement la loi transitoire du 14 floréal an 11.

D'un autre côté, non-seulement Jean Carle n'avait pas désavoué le procureur qui avait

(1) *V.* l'article *Filiation*, n° 2.

obtenu pour lui la sentence de 1790, mais il avait lui-même exécuté cette sentence.

Cependant les moyens d'appel de Jean Carle ont été accueillis, par un jugement du tribunal civil du département du Gers, du 16 germinal an 6, qui, en déclarant Jean Carle fils naturel et par suite héritier de Michelle Noguez, a condamné les frère et sœur Lépinaist à lui délaisser l'immeuble qu'il revendiquait sur eux.

Les frère et sœur Lépinaist se sont pourvus en cassation contre ce jugement, et l'ont attaqué tant en ce qu'il appliquait à faux l'art. 8 de la loi du 12 brumaire an 2, qu'en ce qu'il violait l'autorité de la chose jugée par la sentence de 1790.

Par arrêt du 8 prairial an 7, rapporté dans le bulletin civil de la cour de cassation, et précédé d'une notice fort incomplète, mais à laquelle j'ai suppléé en recourant aux pièces,

« Vu l'art. 5 du tit. 27 de l'ordonnance de 1667.....;

» Et attendu que l'état civil de Jean Carle a été irrévocablement fixé par le jugement rendu sur sa propre réclamation, le 6 août 1790, par le ci-devant sénéchal de Bigorre, qui l'a déclaré fils naturel de Théodore Carle et de Victoire Sulbert, mariés;

» Que ce jugement reçut son exécution le 4 septembre de la même année; que le défendeur à la cassation ne s'est pas pourvu en désaveu dans la forme prescrite par la loi, contre le procureur qui l'avait représenté; d'où il résulte que ledit jugement reste dans toute sa force, et que conséquemment le tribunal du département du Gers, en jugeant contrairement à ses dispositions, a porté atteinte à la chose jugée;

» Le tribunal casse et annulle..... ».

Il est assez étrange que cet arrêt ait laissé de côté le moyen victorieux et sans réplique de cassation qui résultait de la loi du 12 brumaire an 2, et qu'il se soit attaché uniquement à celui que les frère et sœur Lépinaist fondaient sur l'autorité de la chose jugée.

Sans doute le tribunal civil du département du Gers avait fort mal raisonné, en rejetant ces deux moyens sous le prétexte que Jean Carle n'avait point donné de mandat au procureur Decamp pour le représenter dans l'instance de 1790. Mais si, raisonnant mieux, il eût rejeté ce moyen par le motif que la sentence de la sénéchaussée de Tarbes n'avait l'autorité de la chose jugée qu'entre Jean Carle et les parties contre lesquelles il l'avait obtenue, la cour de cassation eût-elle pu casser son jugement? Non, évidemment non, puisque, loin de violer les lois relatives à l'autorité de la chose jugée, il en eût fait l'application la plus exacte.

Je n'entends pas dire pour cela qu'il eût *bien jugé*, même en faisant abstraction de la loi du 12 brumaire an 2; car il avait méconnu le principe que *nul ne peut réclamer un état contraire à celui que lui donnent son titre de naissance et la possession d'état conforme à ce titre*; mais ce principe, aujourd'hui consacré par l'art. 322 du Code civil, ne l'était alors que par la jurisprudence des arrêts; et la contravention à un point de jurisprudence ne pouvait certainement pas former un moyen de cassation.

XI. On pressent bien, d'après cela, qu'un tiers ne serait pas lié par le jugement qui aurait été rendu entre deux parties, sur la question de savoir si l'une d'elles est majeure ou mineure, et si, en conséquence, elle peut ou non faire rescinder une obligation ordinaire pour cause de lésion; et il est étonnant que, sur un point aussi simple, les opinions des docteurs soient divisées.

Le canoniste connu sous le nom de *Panormitanus* (l'abbé de Palerme), sur le chapitre *cùm dilecti*, aux décrétales, *de electione*, entiché de l'idée pleinement réfutée ci-dessus, n° 2, que la loi *ingenuum* (c'est-à-dire, la loi 25, D. *de statu hominum*) met en principe que les jugemens rendus sur une question d'ingénuité, font loi à tout le monde, soutient qu'il en est de même d'un jugement rendu sur une question d'âge, et par conséquent de majorité ou de minorité.

Mais il est contredit, et avec beaucoup de raison, par Covarruvias, qui pourtant partage son système général sur l'effet des jugemens rendus sur des questions d'état: *Colligitur ex prænotatis* (dit-il, à l'endroit cité plus haut, n° 3) *an responsio jurisconsulti in dictâ lege* INGENUUM, *obtineat in sententiâ quæ lata fuerit super ætate, ut tandem ea omnibus præjudicet*, sicut sententia lata super ingenuitate: *quod mihi non placet: nec enim video rationem urgentem ex qud hæc sententia lata super ætate similis sit illi quæ fertur super ingenuitate: cùm diversa sit omninò, si rectè pensitemus quæ in hoc capite scripsimus ad rationem jurisconsulti in dictâ lege* INGENUUM.

D'où vient, en effet, que le jugement qui, par erreur, a déclaré ingénu celui que son patron poursuivait comme lui devant les services d'affranchi, a, contre tous, hors les cas indiqués ci-dessus, à la fin du n° 3, l'autorité de la chose jugée? Ce n'est pas, nous l'avons

déjà dit au même endroit, précisément parce qu'il a prononcé sur une Question d'état; c'est uniquement parceque, le patron une fois écarté, il ne reste plus régulièrement aucune partie qui ait intérêt et qualité pour prétendre que l'individu jugé ingénu, ne l'est pas; mais bien évidemment il n'en est pas de même du jugement qui a déclaré mineur un individu parvenu à la majorité, et *vice versâ*.

XII. La question suivante doit évidemment se résoudre d'après le même principe.

Pierre, condamné par contumace à une peine emportant la mort civile, se représente six à sept ans après, et parvient à se faire absoudre, ou, ce qui revient au même, la peine à laquelle il est condamné contradictoirement, n'est pas du nombre de celles auxquelles la mort civile est attachée. Il réclame la femme qu'il avait épousée avant sa condamnation, et qui s'est remariée depuis l'expiration des cinq ans.

On lui répond, avec l'art. 30 du Code, que sa mort civile n'est effacée que pour l'avenir; qu'elle conserve tous ses effets quant à tout ce qui s'est passé dans l'intervalle de l'expiration des cinq ans, au jour de sa comparution en justice, et que par conséquent son mariage reste valablement dissous (1).

Il réplique que cela serait bon, si le jugement de sa condamnation avait été exécuté par effigie; mais qu'il ne l'a pas été, qu'il n'en existe pas de procès-verbal, et que, dès-là, il n'y a pas eu de mort civile (2).

Sur ces débats, jugement qui, attendu qu'il n'est pas prouvé que la condamnation par contumace ait été exécutée par effigie cinq ans avant le nouveau mariage contracté par l'épouse du condamné, déclare qu'il n'en est pas résulté de mort civile, et que, par suite, le condamné n'a perdu aucun de ses droits sur la personne de sa femme.

Armé de ce jugement, Pierre fait assigner ses héritiers présomptifs en délaissement de ses biens dont ils se sont emparés après les cinq ans de sa condamnation par contumace, dans la fausse supposition qu'il était mort civilement, et que, par là, sa succession était ouverte.

Pour toute réponse, ils présentent une expédition du procès-verbal d'exécution, dont la minute égarée lors de ce jugement, s'est retrouvée depuis; et là s'élève la question de savoir si ce jugement, dans lequel ils n'ont pas été parties, peut leur être opposé.

Bien évidemment il ne peut pas l'être, quoiqu'il ait prononcé sur l'état dans lequel se trouvait Pierre à l'époque où sa femme a contracté un nouveau mariage. Et en effet, quel prétexte imaginerait-on pour appliquer à ce cas la seule exception qui, d'après l'essence même des choses, est faite par les lois 1, 2 et 3, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, à la règle générale que la chose jugée n'a d'effet qu'entre les parties avec lesquelles a été rendu le jugement qui la constitue?

XIII. Ce que nous disons de l'état de mort ou non mort civilement, il faut incontestablement le dire de l'état de citoyen ou d'étranger.

A l'action que vous aviez intentée l'année dernière contre Paul, celui-ci a opposé le fait de votre naissance en Angleterre, et a, en conséquence, obtenu contre vous un jugement qui, en vous déclarant étranger, vous a condamné à donner la caution *judicatum solvi*. Aujourd'hui, muni de la preuve qui vous manquait alors, qu'à la vérité, vous êtes né en Angleterre, mais que votre père était Français et n'avait jamais cessé de l'être, vous intentez contre Pierre une autre action. Pierre excipe contre vous de votre prétendue qualité d'étranger, ainsi que du jugement de l'année dernière qui l'a proclamée, et prend contre vous les mêmes conclusions que Paul. Pouvez-vous écarter ces conclusions, en invoquant la règle générale d'après laquelle l'exception de chose jugée n'a lieu entre les mêmes parties, que lorsqu'il y a identité d'objet dans le litige?

Nul doute sur l'affirmative.

XIV. Dans les temps et les lieux où la noblesse emportait l'affranchissement des contributions publiques, il s'élevait souvent des contestations entre les communes et les possesseurs de fonds situés dans leurs territoires, sur la question de savoir s'ils étaient nobles ou non, et si, en conséquence, ils devaient, ou non, supporter leur quote-part des contributions réparties sur elles. Quel était, à l'égard des tiers, l'effet des jugemens qui prononçaient sur ces contestations? Le jugement qui avait déclaré Pierre noble, contradictoirement avec la commune A, avait-il l'autorité de la chose jugée en faveur de Pierre contre la commune B?

Le président Favre nous a conservé, dans son code, liv. 7, tit. 19, définit. 7, un arrêt du sénat de Chambéry, du 3 mars 1593, qui, tout en adhérant à l'erreur commune des docteurs sur la prétendue prérogative des jugemens rendus sur les Questions d'état, de faire

(1) *V.* l'article *Mariage*, sect. 2, §. 2, n° 3.
(2) *V.* l'article *Mort civile*, §. 1, art. 6, n° 3.

loi contre tous, admet néanmoins la commune B à prouver que Pierre n'était pas noble (1).

C'était faire beaucoup en faveur de Pierre que de le décharger de la preuve directe de sa prétendue noblesse; car, en bonne justice, elle eût dû retomber tout entière sur lui, étant de principe que la preuve faite entre deux parties, ne milite pas plus contre un tiers que le jugement qui en a été la suite entre elles. Mais il y avait pour lui une circonstance particulière : il était en possession, non-seulement de l'état de noble, mais même de l'exemption de la taille dans le territoire de la commune B.

ART. II. *Quels sont ceux qui, dans les jugemens relatifs à l'état des personnes, sont réputés légitimes contradicteurs, et à qui doit en conséquence être ouverte la voie de tierce-opposition, lorsqu'ils n'ont été ni entendus ni appelés ?*

I. Cette question doit être envisagée sous deux faces : par rapport aux jugemens *constitutifs* de l'état des personnes, et par rapport aux jugemens qui n'en sont que *déclaratifs*.

Les premiers sont de deux sortes : les uns sont rendus en matière criminelle, les autres le sont en matière civile.

Nulle difficulté quant aux jugemens rendus en matière criminelle : le ministère public, d'une part, et l'accusé, de l'autre, sont les seuls contradicteurs dont la présence ou l'appel soient nécessaires.

A l'égard des jugemens rendus en matière civile, distinguons en l'objet.

S'il s'agit de prononcer sur la demande en nullité de la délibération d'un conseil de famille qui prive un mineur émancipé du bénéfice de son émancipation et le remet en tutelle, le mineur réclamant doit nécessairement mettre en cause le conseil de famille dont il attaque la délibération. Cela résulte de la combinaison des art. 478 et 485 du Code civil et du tit. 10 de la deuxième partie du Code de procédure.

S'il s'agit d'interdire un majeur, la demande peut en être formée, dans certains cas, par le ministère public; et elle ne peut l'être dans d'autres que par l'époux ou ses parens; mais dans tous les cas, il faut que le conseil de famille donne son avis sur cette demande. Les art. 490, 491 et 494 du Code civil contiennent là-dessus des règles positives.

Il en est de même, aux termes de l'art. 514, de la demande en dation de conseil judiciaire, sauf qu'elle ne peut jamais être formée par le ministère public.

S'il s'agit de lever, soit l'interdiction d'un majeur, soit la défense qui lui a été précédemment faite de contracter sans l'assistance d'un conseil, contre qui faut-il que la demande en soit dirigée? *V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Interdiction*, §. 5.

II. La question est plus compliquée par rapport aux jugemens qui ne sont que *déclaratifs* de l'état des personnes; mais elle a une grande connexité avec celles qui sont traitées dans l'article précédent, nos 3, 4, 5, 6 et 7; et les développemens dans lesquels nous sommes entrés sur ces dernières, l'ont déjà beaucoup éclaircie.

Il en résulte d'abord que, dans tout procès où l'état d'une personne est contesté, hors celui où il s'agit du désaveu fait par le mari de sa paternité, lorsqu'il n'y a de litige ni sur le fait du mariage ni sur la maternité, on doit considérer comme légitime contradicteur, et par conséquent mettre en cause, sous peine de courir, de sa part, la chance d'une tierce-opposition, tout individu qui, n'étant représenté par aucune des parties qui y figurent, au moment où l'action s'engage, a un intérêt né et actuel à ce qu'elle soit accueillie ou rejetée.

C'est ainsi que, dans le droit romain, et aux termes des lois citées au no 3 de l'art. 1er, l'affranchi jugé ingénu contradictoirement avec un particulier qui l'avait actionné comme son patron, mais qui ne l'était pas, ne pouvait pas échapper aux poursuites que dirigeait ensuite contre lui son patron véritable pour le faire rentrer dans son véritable état.

C'est ainsi que, suivant les lois citées au no 4 du même article, l'esclave jugé libre contradictoirement, soit avec un seul de ses maîtres par indivis, soit avec l'usufruitier seulement de sa personne, demeurait sujet à l'action, soit de celui de ses maîtres, soit du nu propriétaire, qui n'avait été ni entendu ni appelé.

(1) *Cùm de jure immunitatis ex nobilitate competentis quæretur apud senatum et qui nobilem se dicebat ut se à plebeiis oneribus liberaret, proferret arrestum à Rationibus redditum* (un arrêt de la chambre des comptes) *quo nobilis et è nobili stirpe genitus dicebatur, inauditis tamen syndicis universitatis qui eorum plebeiorum onerum contributionem vocabant. Objiciebant illis jus tertii semper exceptum intellegi, quod res inter alios judicata aliis nocere deberet. Ex diverso autem replicabatur sententiam quæ in causâ statûs lata esset, jus facere quoad omnes. Placuit ità rem temperandam, ut si quas adversùs nobilitatem illam probationes universitas haberet, eæ salvæ essent.*

C'est ainsi que, suivant la loi dernière, C. *de liberali causâ*, transcrite au même n°, il fallait que les enfans d'une femme actionnée pour se voir déclarer esclave, qui étaient nés avant le procès, fussent mis personnellement en cause, pour que le jugement rendu contre leur mère, eût contre eux l'autorité de la chose jugée.

C'est ainsi que, par arrêt du 14 mars 1809, la cour de cassation a jugé, en maintenant un arrêt de la cour d'appel de Dijon, du 18 août 1807, qu'encore que le ministère public fût (comme l'avait décidé un arrêt du parlement de Toulouse de 1665, rapporté aux mots *Profession monastique*, §. 5, n° 2) la seule partie contre laquelle un religieux profès fût strictement obligé, pour procéder régulièrement, de diriger la demande en nullité de ses vœux, la sentence de l'officialité qui avait restitué un religieux au siècle contradictoirement avec le promoteur seulement, n'en était pas moins passible de tierce-opposition de la part des héritiers de ses père et mère, auxquels l'annullation de ses vœux portait préjudice (1).

C'est ainsi que, dans l'espèce rapportée à l'article *Légitimation*, sect. 3, §. 2, n° 7, un arrêt du parlement de Paris, du 20 juillet 1790, a reçu la dame Nugent tierce-opposante à un précédent arrêt de la même cour, qui avait supposé le mineur Masson de Maison-Rouge, enfant légitime du sieur Masson, quoique ce dernier arrêt eût été rendu contradictoirement avec une partie qui avait qualité pour contredire sa prétention à cet état.

C'est ainsi que, d'après l'arrêt de la cour de cassation, du 9 mai 1821, dont nous avons rendu compte dans l'art. 1er, n° 7, la tierce-opposition est ouverte à l'enfant légitime qui n'a été ni entendu ni appelé dans le procès où il est intervenu contre son père un jugement par lequel un autre enfant, que rien ne prouve être issu d'un mariage, a été admis à partager avec lui les droits et les honneurs de la légitimité.

III. Aurait-on pu juger de même dans l'espèce de ce dernier arrêt, si l'enfant légitime ne fût né qu'après l'action intentée contre le père, par l'enfant naturel?

La loi dernière, C. *de liberali causâ*, décide, comme on l'a déjà vu, qu'à la différence des enfans nés avant le procès, lesquels doivent être mis en cause avec leur mère actionnée en déclaration d'esclavage, les enfans nés pendant le procès, *in lite*, suivront de plein droit le sort de leur mère, sans qu'il soit besoin de les appeler; en sorte qu'ils sont libres par l'effet du jugement qui la déclare libre, et esclaves par l'effet du jugement qui la déclare esclave.

Si cette loi ne disposait ainsi qu'à l'égard des enfans nés, non pendant le procès, mais après le jugement, on en concevrait très-bien le motif; et ainsi restreinte, elle nous conduit par analogie à deux conséquences fort importantes :

La première, que les individus qui n'étaient pas encore nés lors qu'a été rendu, sur l'état des auteurs de leurs jours, un jugement qui est devenu inattaquable de la part de ceux-ci, sont eux-mêmes irrévocablement liés par ce jugement, parcequ'ils ne peuvent pas prétendre, après leur naissance, à des droits qui n'existaient pas au moment où ils sont nés;

La seconde, que les membres d'une famille, qui n'étaient pas encore nés au moment où a été rendu, contre les auteurs de leurs jours, un jugement passé en force de chose jugée, qui a fait entrer dans cette famille un étranger, ne peuvent pas revenir contre ce jugement, parcequ'ils ne peuvent pas, après leur naissance, prétendre exclusivement à des droits de famille qui, avant leur naissance, étaient acquis à d'autres.

Mais cette loi va plus loin : elle comprend dans sa disposition même les enfans nés pendant le procès, *in lite*, et par conséquent avant le jugement. Est-elle, en ce point, d'accord avec les vrais principes?

Elle l'était avec ceux du droit romain, d'après lesquels, dès qu'une contestation était engagée entre deux parties, elle ne pouvait plus être jugée qu'entre elles; et le jugement, qui la terminait, était à l'abri de toute atteinte de la part du tiers qui, n'importait par quelle voie, avait acquis pendant le procès les prétentions de l'une des parties à l'objet litigieux (1).

Mais cette règle du droit romain est depuis long-temps tombée en désuétude (2). La disposition de la loi dernière, C. *de liberali causâ*, dont elle était le fondement, ne peut donc pas, relativement aux jugemens rendus sur des questions d'état quelconque, être

(1) Jurisprudence de la cour de cassation, tome 9, page 143.

(1) *V.* la loi 2, C. *de litigiosis*; et Voët, sur le digeste, liv. 44, tit. 6, n° 1.

(2) Recueil d'arrêts de Papon, liv. 12, tit. 2, n° 1. Dictionnaire des arrêts de Brillon, au mot *Litige*.

appliquée par analogie aux individus qui sont nés *pendente lite*.

En effet, l'enfant qui naît pendant que l'état des auteurs de ses jours, ou celui d'un individu qui soutient contre eux être de leur famille, est encore subordonné à un jugement à venir, a certainement un intérêt personnel à la lutte dont l'un ou l'autre état est l'objet; et dès qu'il y est personnellement intéressé, il a nécessairement un droit acquis à ce que cette lutte ne se termine pas sans lui. Quelle raison y aurait-il, dès-lors, pour ne pas l'appeler et le mettre en cause? Et sous quel prétexte, si on ne le fait pas, lui refuserait-on la ressource de la tierce-opposition, tandis que bien sûrement, et comme l'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 18 mai 1810, rapporté au mot *Transcription*, §. 3, nº 1, on ne pourrait pas la refuser à un acquéreur contre le jugement qui, sans l'entendre, aurait exproprié son vendeur, quoiqu'il n'eût acquis que pendant le procès suscité à celui-ci, et que par conséquent il n'eût aucun droit avant que ce procès fût engagé?

Aussi voyez comment s'exprime d'Argentrée, dans ses *avis sur les partages des nobles*, chap. 39, nº 6, sur la question de savoir si le jugement qui a déclaré le père non noble, nuit à ses enfans et les empêche de réclamer pour eux-mêmes une qualité qu'il a été jugé ne pas avoir : « Si un enfant naît (dit-il) » *après le jugement*, contre l'état du père, » prononcé....., il se trouve être fils d'un ro» turier prouvé, déclaré et jugé, et la condi» tion duquel ne se peut plus remettre en » difficulté par celui qui ne tire droit ni » conséquence que de-lui, *velut ab infectâ* » *radice*, étant sa naissance prévenue du » jugement, chose qui l'exclud de toute con» tradiction. Ce qui autrement se jugerait, » s'il eût été *né auparavant le jugement :* » auquel cas il eût été fondé en intérêt fermé » en sa personne..... En jugement d'état, le » fils a intérêt seulement du jour de sa nais» sance, en ce qui se trouve entier ni pré» venu ou jugé ».

Ce jurisconsulte ne distingue donc pas entre les enfans nés *avant* et *pendant le procès*, mais uniquement entre les enfans nés *avant* et *après le jugement;* et par conséquent il reconnaît bien nettement que l'on ne peut plus, dans nos mœurs, argumenter de la seconde disposition de la loi dernière, C. *de liberali causâ*.

Si cette observation n'avait pas échappé à M. Toullier (*Droit civil français*, liv. 3, tit. 3, chap. 6, sect. 5, art. 1, nº 223), il n'aurait sans doute pas reproduit la distinction consignée *dans cette loi* comme devant encore nous servir de règle.

IV. Mais que devons-nous penser de ce que d'Argentrée ajoute immédiatement à ce qui vient d'être cité? Suivant lui, on doit, dans les Questions d'état, considérer comme *juste contradicteur celui qui a le premier et principal intérêt;* et cela posé, *ores qu'il en viendrait quelque conséquence à quelque tiers (comme par la réflexion du soleil, ou de la reluisance qui se rejette d'un miroir touché du soleil contre un parois que le soleil même ne touche point), ne serait considérable, et tiendra le jugement.* Ainsi, à entendre ce jurisconsulte, lorsqu'une Question d'état s'engage, il n'est pas nécessaire de mettre en cause celui qui, sans y être intéressé en première ligne, ne l'est qu'à raison des conséquences qui peuvent résulter pour ou contre lui, de la manière dont elle sera jugée; et elle sera irrévocablement jugée pour ou contre lui, quoiqu'en son absence.

Sans doute, on ne peut pas opposer à cette doctrine la disposition de la loi dernière, C. *de liberali causâ*, d'après laquelle, lorsqu'une femme est actionnée en déclaration d'esclavage, les enfans qu'elle a précédemment mis au monde, doivent être mis en cause en même temps. Car par cela seul qu'ils existent, ils ont, non-seulement, pour nous servir de l'expression de d'Argentrée lui-même, *un intérêt formé en leur personne*, mais, comme nous l'avons dit, un *intérêt parallèle* à celui de leur mère, un intérêt absolument homogène avec le sien, à ce qu'elle soit jugée libre.

Mais on peut y opposer le passage de la loi 63, D. *de re judicatâ*, rapportée aux mots *Opposition (tierce)*, §. 2, art. 3, où il est dit que, si, moi présent et intervenant pour la défense de mon droit, mon affranchi est déclaré, soit l'esclave, soit l'affranchi d'un autre, le jugement a contre moi l'autorité de la chose jugée : *Nam et si libertus meus, me interveniente, servus vel alterius libertus judicetur, mihi præjudicatur.* Qui est-ce qui, dans cette espèce, a le premier et principal intérêt? C'est certainement mon affranchi, surtout s'il est poursuivi, non pour être déclaré l'affranchi d'un autre, mais pour être déclaré esclave. J'ai sans doute un intérêt né et actuel à conserver sur lui mes droits de patronage, mais il a lui-même un intérêt tout différent du mien et beaucoup plus grand, celui de se faire juger libre. Cependant que décide la loi? Qu'il faut que j'intervienne dans le procès, pour que le jugement puisse me préjudicier, *si, me interveniente, servus...*

judicatus sit. Il n'est donc pas vrai que, dans une Question d'état, on ne doive pas considérer comme *juste contradicteur*, celui qui, sans avoir un intérêt parallèle à l'intérêt de celui à qui l'action ou la défense appartient en première ligne, ne laisse pas d'y avoir un intérêt né et actuel.

La *loi* 19, C. *de liberali causâ*, vient singulièrement à l'appui de cette conséquence. Le nommé Paul avait consulté les empereurs Dioclétien et Maximien sur la marche qu'il avait à tenir dans le procès qu'un tiers faisait à son affranchi pour le faire déclarer esclave, et cette loi nous présente leur réponse. La cause qui fait l'objet de votre supplique (y est-il dit), est bien plutôt celle de votre affranchi que la vôtre. Pour lui, elle est principale; pour vous, elle n'est qu'accessoire; car il lui importe bien plus qu'à vous de défendre la liberté qu'il vous doit; et en la défendant, il défendra en même temps vos droits de patronage. Si donc il triomphe, en prouvant qu'à la vérité, il est né dans l'esclavage, mais que vous l'en avez tiré par l'affranchissement, vos droits de patronage seront, par cela seul, maintenus. Mais si, passant condamnation, il consentait à devenir l'esclave de son adversaire, vous pourriez, en vous présentant devant la justice, le défendre malgré lui. *Principaliter causam ejus de quo supplicas, esse, quàm tuam perspicimus : nam cùm te eum ad libertatem perduxisse profitearis, illius interest magis solenniter suum tueri statum; et consequenter tua etiam agetur causa : nam si ab eo contrà quem fundis preces, servus dicatur, eique libertas ex manumissione tuâ vindicetur, probatio servitutis originis, et beneficium manumissionis libertatem illi assignans, tuum etiam jus patronatûs tuetur. Si verò consentiat servituti, tunc jure concesso, adito præside provinciæ, eum invitum etiam defendere poteris.*

Voilà donc une espèce où la loi reconnaît expressément que *le premier et principal intérêt* réside dans la personne de celui dont l'état est attaqué, et que le tiers, à qui le jugement doit nuire ou profiter par voie de conséquence, n'y a qu'un intérêt accessoire et secondaire; et cependant la loi déclare que ce tiers pourra attaquer le jugement, s'il n'y a pas été partie. Comment, d'après cela, admettre la doctrine de d'Argentrée?

Mais, va-t-on dire, il faudra donc, dans tout procès élevé, soit sur la légitimité d'un enfant (dans le cas où la maternité étant reconnue et constante, il est nié qu'il y ait eu mariage entre ses père et mère), soit sur sa filiation, mettre en cause tous les membres actuels de la famille dans laquelle cet individu prétend s'introduire ou se faire maintenir; et si on ne le fait pas, les recevoir dans la suite tiers-opposans au jugement qui aura été rendu en leur absence!

Eh! sans doute. Qu'il y ait à cela des inconvéniens, on ne peut pas en disconvenir; mais les principes le veulent ainsi, et il n'y a pas d'inconvenient qui, dans le silence de la loi, puisse faire fléchir un principe.

On peut, nous le savons, nous opposer l'arrêt du parlement de Paris, du 11 juillet 1736 (rapporté aux mots *Profession monastique*, §. 5, n° 2), par lequel il fut jugé qu'une profession religieuse ayant été déclarée nulle contradictoirement avec les père et mère du réclamant, des collatéraux étaient non-recevables à appeler comme d'abus de la sentence de l'officialité qui avait restitué celui-ci au siècle et l'avait réintroduit dans leur famille.

Mais que prouve cet arrêt? Rien autre chose si ce n'est que les juges qui l'ont rendu, se sont laissés trop facilement entraîner par l'opinion commune des docteurs, sur l'effet des jugemens rendus avec des contradicteurs légitimes, sur des Questions d'état; il est d'ailleurs plus que balancé par celui de la cour de cassation, du 4 mai 1821, qui est rapporté ci-dessus, art. 1er, n° 6.

V. Nous avons déjà dit, n° 2, qu'il y a d'autres règles à suivre par rapport au jugement qui prononce sur un désaveu de paternité, dans le cas où il n'y a de litige, ni sur le fait du mariage, ni sur la maternité, et que ce jugement fait loi pour tous les membres nés et à naître de la famille, quoiqu'ils n'y aient été ni entendus ni appelés; mais il reste à savoir quel doit être, dans un procès de cette nature, le contradicteur légitime du père, pour que le jugement produise un effet aussi étendu?

Il semblerait, par la manière dont est conçu le §. 16 de la loi 1re, D. *de agnoscendis et alendis liberis*, que, dans le droit romain, un pareil jugement ne devait être rendu qu'avec la mère, au moins dans le cas où la Question s'engageait pendant sa grossesse déclarée postérieurement à la dissolution du mariage par le divorce.

Mais sans rechercher si, dans ce cas même, il n'aurait pas fallu que l'enfant conçu fût mis en cause dans la personne d'un *curateur au ventre*, il suffit de remarquer que ce cas ne peut plus se présenter sous le Code civil, où le désaveu de la paternité doit toujours suivre et jamais précéder l'accouchement, et qu'aux termes de l'art. 318, l'action en désa-

veu doit *être dirigée contre un tuteur* ad hoc *donné à l'enfant en présence de la mère.*

VI. 1° Lorsque s'élève dans un tribunal d'exception, entre le ministère public et un particulier, la Question de savoir si celui-ci a le droit de se dire descendant de telle famille, d'en prendre le nom et d'en porter les armoiries, le jugement qui décide affirmativement cette Question, est-il censé rendu avec un contradicteur légitime? 2° A-t-il en conséquence l'autorité de la chose jugée contre les membres de la famille à laquelle il déclare qu'appartient la personne qui l'a obtenu?

Ces deux questions, dans la première desquelles rentre le point de la doctrine de d'Argentrée que j'ai promis ci-dessus, §. 2, n° 1, d'examiner *ici*, se sont présentées tout récemment dans les circonstances suivantes.

Le 26 mars 1790, un arrêt de la chambre des comptes de Grenoble, statuant entre le procureur général de cette cour et le comte de Chanel, avait déclaré que celui-ci avait suffisamment prouvé sa descendance de la maison royale de Hongrie, et qu'en conséquence, il pouvait, non-seulement en porter les armes, mais encore joindre à son nom celui de Croy.

Comment une pareille question avait-elle été portée devant un tribunal aussi évidemment incompétent pour la juger, que l'était la chambre des comptes de Grenoble? L'avait-elle été par une action principale intentée par le comte de Chanel contre le procureur général? L'avait-elle été sur un incident élevé par le procureur général, à l'occasion d'un acte de procédure dans lequel le comte de Chanel eût pris le nom de Croy, se fût qualifié de descendant de la maison royale de Hongrie, et eût affiché la prétention de s'approprier les armoiries de cette maison? C'est ce que nous laissent ignorer les auteurs dans les recueils desquels nous avons puisé l'espèce dont il s'agit (1).

Quoiqu'il en soit, à cet arrêt en a succédé un autre du 12 juin de la même année, par lequel la même chambre a ordonné l'enregistrement, en son greffe, des titres nouvellement produits par le comte de Chanel, pour justifier de plus en plus la décision qu'il avait obtenue.

Trente ans après, le comte de Chanel, se fondant sur ces deux arrêts, fait assigner le prince et les ducs de Croy devant le tribunal de première instance du département de la Seine, pour voir dire que défenses leur seront faites de se qualifier descendans de la maison royale de Hongrie et d'en porter les armes.

Le prince et les ducs de Croy soutiennent qu'il est non-recevable et non fondé:

Non-recevable, parceque les arrêts dont il se prévaut, leur sont étrangers, et que les titres d'après lesquels il les a obtenus, ne sont rien moins que suffisans pour justifier le nom, l'origine et les armoiries qu'il s'attribue;

Non fondé, parceque leurs propres titres leur assurent les droits qu'il prétend leur contester;

Et ils concluent reconventionnellement à ce qu'il lui soit fait défenses de joindre le nom de Croy au sien, de porter leurs armes et de se qualifier descendant de la maison royale de Hongrie.

Jugement qui rejette la demande du comte de Chanel, attendu qu'il résulte des pièces produites, que le prince et les ducs de Croy justifient parfaitement leur descendance de la maison royale de Hongrie; qu'elle est énoncée et reconnue comme constante, dans des lettres-patentes de Louis XIV, portant création du duché de Croy; qu'il est établi au procès que, pendant plusieurs siècles, leurs ancêtres ont porté les armes de cette maison avec la pièce signalant qu'ils en descendaient; mais avant faire droit sur leur demande reconventionnelle, renvoie les parties devant le généalogiste de la cour, pour avoir son avis sur la prétention du comte de Chanel au nom et aux armes de la maison de Croy.

Appel de ce jugement de la part du comte de Chanel.

Le prince et les ducs de Croy en appellent aussi incidemment au chef qui interloque sur leur demande reconventionnelle; et pour neutraliser d'autant mieux les arrêts de la chambre des comptes de Grenoble, des 26 mars et 12 juin 1790, ils déclarent y former tierce-apposition.

Le 12 mai 1821, arrêt de la cour royale de Paris, qui contient trois dispositions.

1° Il confirme le jugement de première instance, au chef qui rejette la demande du comte de Chanel,

Attendu qu'il ne pourrait s'attribuer les armoiries de la maison royale de Hongrie, ni en contester la possession aux prince et ducs de Croy, qu'autant qu'il prouverait, par titres originaux authentiques, sa descendance de cette maison;

Que, dans l'examen des titres qu'il produit,

(1) Journal des audiences de la cour de cassation, année 1823, page 165. Jurisprudence de la cour de cassation, tome 23, page 281.

on reconnaît que le principal est l'arrêt de la chambre des comptes de Grenoble, du 26 mars 1790; que les chambres des comptes, essentiellement établies pour la conservation des droits régaliens, étaient incompétentes sur toute demande principale relative à la propriété des noms et armes dont la connaissance appartenait exclusivement aux parlemens;

Que l'arrêt dont il s'agit, quoique rendu avec le procureur général, stipulant dans l'intérêt du domaine, n'a pu juger la Question dont la décision pouvait préjudicier à des tiers, et que l'arrêt du 26 mars 1790 ne saurait être opposé aux ducs et prince de Croy;

Que, dans l'absence des titres, il faut examiner la possession d'état; qu'il résulte des pièces produites, que les auteurs désignés du comte de Chanel n'ont jamais porté le nom de Croy, et que, dans cette possession d'état plus que centenaire, on ne voit aucun vestige de leur descendance prétendue des rois de Hongrie; que le demandeur n'apportant pas la preuve complète de sa demande, c'est le cas, *sans qu'il soit besoin de statuer sur la tierce-opposition* (1) de confirmer le jugement qui rejette la demande du comte de Chanel.

2° Il infirme la disposition interlocutoire, et fait défenses au comte de Chanel d'ajouter à son nom celui de Croy, attendu que les prince et ducs de Croy ont porté, de temps immémorial, le nom de Croy; tandis que les titres produits par le comte de Chanel, ne lui donnent que celui de Chanel, et que ce n'est que depuis une époque très-rapprochée, qu'il a ajouté à son nom celui de Croy.

3° Il met les parties hors de cour quant aux armoiries de la maison royale de Hongrie respectivement revendiquées par les parties,

Attendu 1° que le prince et les ducs de Croy ne justifient leur prétention à leur descendance de la maison royale de Hongrie, que par l'opinion de divers auteurs, contredits par d'autres; que les quatre diplomes émanés des empereurs d'Allemagne, énoncent bien cette origine, mais sans rappeler ni même indiquer aucun titre à l'appui; énonciations qui ne peuvent avoir la même autorité que des titres authentiques exigés en matière de preuves généalogiques;

Attendu 2° que les armes paternelles et patrimoniales des ducs et prince de Croy ont toujours été faciées d'argent à trois faces de gueules, tandis que celles de la maison royale de Hongrie sont à quatre faces.

Le comte de Chanel se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et l'attaque notamment comme attentatoire à l'autorité de la chose jugée par les arrêts des 26 mars et 12 juin 1790.

Mais son recours est rejeté, par arrêt de la section des requêtes, du 25 février 1823, au rapport de M. Rousseau,

« Attendu que l'affaire présentait une Question d'état; que cette Question d'état exige une communication au ministère public; qu'il y avait bien un procureur général près les chambres des comptes; et que, dans l'espèce, les arrêts des 27 mars et 12 juin 1790 ont été rendus avec celui de la chambre des comptes de Grenoble; mais que ses fonctions étaient limitées par les attributions spéciales confiées à ces juridictions; que, sur les Questions d'état, il n'y avait que les procureurs généraux près les parlemens, avec lesquels ces matières pussent être compétemment et irrévocablement jugées;

» Attendu d'ailleurs qu'en supposant même que les arrêts opposés de 1790 eussent pu légalement juger la Question dont il s'agit, ils ne pouvaient former de titres irrécusables vis-à-vis des tiers;

» Qu'ainsi, sous tous les rapports, la cour royale, en décidant, et que les arrêts de la chambre des comptes de Grenoble n'avaient pu juger compétemment la Question dont il s'agit, et qu'ils ne pouvaient préjudicier au prince de Croy-Solre, ainsi qu'aux ducs de Croy-d'Havré, s'est conformée aux principes et aux lois de la matière ».

Il faut bien distinguer dans cet arrêt les deux motifs sur lesquels il repose, parcequ'ils y sont présentés comme tout-à-fait indépendans l'un de l'autre, et qu'ils le sont en effet.

Par le premier, les arrêts de la chambre des comptes de Grenoble sont signalés comme

(1) Pourquoi n'était-il pas besoin de statuer sur la tierce-opposition du prince et des ducs de Croy? Parceque la cour royale de Paris étant légalement saisie de l'affaire dont il s'agissait, par les appels respectivement interjetés du jugement du tribunal de première instance, elle se trouvait compétente pour la juger indépendamment de la tierce-opposition du prince et des ducs de Croy; parceque cette tierce-opposition n'avait été, de la part du prince et des ducs de Croy, qu'un acte de procédure surabondant; parceque, pour écarter les arrêts de la chambre des comptes, il eût suffit au prince et aux ducs de Croy d'exciper de leur qualité de tiers non appelés et non entendus lors de ces arrêts. *V.* l'article *Opposition* (*tierce*), §. 6.

Mais on sent qu'il en eût été autrement, si la tierce-opposition du prince et des ducs de Croy eût eu pour objet direct de saisir la cour royale de Paris de la connaissance de cette affaire.

rendus incompétemment et avec un contradicteur sans qualité.

Par le second, il est expressément déclaré que, fussent-ils exempts de ces vices, ils ne pourraient pas encore *former des titres irrécusables vis-à-vis des tiers*, ni par conséquent avoir l'autorité de la chose jugée contre le prince et les ducs de Croy.

Il n'y a rien à dire sur le second motif, si ce n'est qu'il est parfaitement calqué sur les principes de la matière.

Mais le premier, quel est son objet, et à quel propos figure-t-il dans l'arrêt qui rejette le recours en cassation du comte de Chanel?

Il est impossible d'imaginer que la cour de cassation ait voulu dire qu'à l'égard des parties entre lesquelles avaient été rendus les arrêts de la chambre des comptes de Grenoble, et *vis-à-vis* de tout autre que des *tiers*, ces arrêts devaient être considérés comme non avenus, soit par cela seul qu'en les rendant, cette cour avait excédé ses pouvoirs, soit par cela seul que le procureur général de cette chambre était sans qualité pour contredire les prétentions sur lesquelles ils avaient statué; car tout le monde sait qu'à la vérité, le vice d'incompétence est un moyen de cassation victorieux contre l'arrêt qui en est entaché; mais qu'une fois le délai du recours en cassation expiré, cet arrêt fait loi entre les parties sur les demandes et exceptions desquelles il a prononcé, ni plus ni moins que s'il eût été rendu compétemment.

Il ne serait pas plus raisonnable de supposer que ce motif s'est glissé dans l'arrêt par inadvertance et qu'il y forme une superfétation : une pareille supposition, offensante d'ailleurs pour la cour de cassation, tomberait d'elle-même.

Il faut pourtant assigner un but à ce motif; quel est-il donc? C'est sans doute de faire entendre que, quoique rendus avec le ministère public de la chambre des comptes de Grenoble, les arrêts des 26 mars et 12 juin 1790 ne pouvaient pas avoir l'autorité de la chose jugée contre le ministère public proprement dit, contre le magistrat chargé d'agir pour l'ordre public dans les matières qui, telles que les usurpations de noms, l'intéressent essentiellement.

Supposons, en effet, qu'avant la suppression du parlement de Grenoble, le procureur général de cette cour eût poursuivi le comte de Chanel comme usurpateur d'un nom qui ne lui appartenait pas, ou comme se disant issu d'une famille illustre à laquelle il était étranger, et qu'à ses poursuites le comte de Chanel eût opposé les arrêts de la chambre des comptes des 26 mars et 12 juin 1790.

Dans cette hypothèse, qu'aurait dû faire le parlement de Grenoble? Il aurait dû prononcer comme si ces arrêts n'eussent pas existé; pourquoi? Parceque, de ce que la chambre des comptes étant sans pouvoir pour connaître d'une Question d'état, il résultait nécessairement, comme le dit très-bien l'arrêt de la cour de cassation, du 25 février 1823, que le procureur général de cette chambre était sans qualité pour qu'une question de cette nature fût débattue et jugée avec lui; parceque de là découlait tout naturellement la conséquence que les arrêts de la chambre des comptes auraient été rendus en l'absence du magistrat que la loi chargeait de contredire les prétentions du comte de Chanel; qu'ils n'étaient donc, à l'égard de ce contradicteur légitime, que *res inter alios judicata*; et que, par une conséquence ultérieure, ils ne pouvaient pas lui être opposés.

Voilà équipollement, il n'en faut pas douter, ce que la cour de cassation s'est dit à elle-même lors de l'arrêt du 25 février 1823; voilà ce qu'exprime le premier motif de cet arrêt.

Et c'est ce qui explique, c'est en même temps ce qui justifie parfaitement, le point rappelé ci-dessus, §. 2, de la doctrine de d'Argentrée, suivant lequel les jugemens des commissaires à la recherche des droits de franc-fief qui, dans le seizième siècle, avaient déclaré nobles des individus véritablement plébéiens, n'ont pu, dans la suite, être invoqués par ces individus comme des titres irréfragables de noblesse, et comme devant les soustraire aux charges publiques dont les nobles étaient affranchis sous l'ancien régime.

En effet, le procureur du roi établi près les commissaires qui avaient rendu ces jugemens, avait bien qualité pour débattre les titres de noblesse dont excipaient les défendeurs aux demandes en paiement des droits de francs-fiefs, en tant qu'ils étaient employés pour faire décharger ceux-ci des poursuites exercées contre eux; mais il n'était point l'agent de l'ordre public; il était par conséquent sans qualité pour débattre ces titres, en tant qu'ils étaient employés pour faire déclarer purement et simplement nobles ceux qui les invoquaient. Ces jugemens avaient donc été, sur la Question d'état qu'ils avaient décidée, rendus sans contradicteur légitime. Ils ne pouvaient donc pas avoir l'autorité de la chose jugée contre le ministère public de la juridiction ordinaire.

ART. III. *Est il vrai, comme l'enseignent les docteurs, que les jugemens rendus par défaut en matière d'état, diffèrent en quelque chose, à l'égard des tiers non entendus ni appelés, des jugemens rendus contradictoirement ?*

I. Si c'était au sujet des jugemens constitutifs de l'état des personnes que les docteurs établissent cette prétendue différence, il faudrait répondre sans hésiter qu'ils n'enseignent qu'une erreur.

Car on n'a jamais douté, par exemple, ni que la condamnation par contumace à une peine emportant certaines incapacités civiles, n'eût, à l'égard des tiers, le même effet que si elle était contradictoire; ni que l'interdiction prononcée par défaut contre un majeur, ne pût être opposée, ni plus ni moins que si elle l'eût été contradictoirement, à ceux qui ont contracté postérieurement avec lui.

Mais j'ai déjà dit que les docteurs ne s'occupent, dans la discussion du système qu'ils professent relativement aux jugemens rendus en matière d'état, en ce qui concerne les tiers non entendus ni appelés, que de ceux qui sont purement *déclaratifs* de l'état des personnes.

C'est donc uniquement par rapport aux jugemens *déclaratifs* de l'état des personnes, que je dois analyser la restriction qu'ils mettent à ce système, et rechercher si, en le supposant aussi bien fondé qu'il l'est peu, hors du cas spécifié au n° 7 de l'art. 1er de ce paragraphe, il faudrait, comme ils le prétendent, en excepter les jugemens rendus par défaut.

On a sans doute remarqué dans l'espèce rapportée à l'art. 1er, n° 7, qu'en décidant, par son arrêt du 4 mai 1821, que le comte de Saint-Lieux était recevable à former tierce-opposition au jugement du 5 thermidor an 3, qui avait déclaré le sieur Pagèze enfant légitime de leur père commun, la cour de cassation a laissé de côté le moyen subsidiaire que le premier tirait de la circonstance que ce jugement avait été rendu par défaut contre le marquis de Saint-Lieux.

Tout en combattant l'opinion commune des docteurs qui attribuent indistinctement à tous les jugemens rendus sur des Questions d'état, avec des contradicteurs légitimes, le privilége singulier contre la généralité duquel je me suis élevé ci-dessus, et tout en établissant que d'ailleurs elle ne lui était pas applicable, le demandeur en cassation soutenait que, même dans la supposition que cette opinion fût bien fondée et justement appliquée à sa cause, il suffisait que le contradicteur légitime ne se fût pas présenté pour défendre à l'action en déclaration de légitimité intentée contre lui, pour que le jugement qui avait accueilli par défaut cette action, fût sans effet contre un tiers.

La cour de cassation n'a pas eu besoin de se prononcer sur ce moyen subsidiaire, parce-qu'elle s'est déterminée d'après le moyen principal du comte de Saint-Lieux. La question reste donc entière, et il s'agit d'examiner sur quoi repose la restriction que les docteurs mettent au prétendu privilége dont ils investissent tous les jugemens rendus sur des matières d'état.

Ils la fondent, les uns, auxquels s'est joint notamment M. Toullier, *Droit civil français*, liv. 3, chap. 6, sect. 3, art. 1, n° 227, sur la loi 27, §. 1 et 2, D. *de liberali causâ;* les autres, et notamment Covarruvias (à l'endroit cité plus haut, art. 1er, n° 4) sur la loi 17, §. 1er, *De inofficioso testamento.*

Voyons d'abord si la première de ces lois dit réellement ce que les auteurs lui font dire. Pesons en bien les termes.

§. 1. *Si ea persona desit cognitioni quæ alicui statûs controversiam faciebat, in eâdem causâ est qui de libertate suâ litigat, quâ fuit priusquàm de libertate controversiam patiatur. Sanè hoc lucratur quod is qui eam controversiam faciebat, amittit suam causam. Nec ea res ingenuum facit eum qui non fuit. Nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere. Rectè atque ordine judices puto facturos, si hanc formam fuerint consecuti, ut ubi deest is qui servitutem petit, electionem adversario deferant, utrùm malit cognitionem circumduci, an auditâ causâ sententiam proferri. Et si cognoverint, pronuntiare debebunt servum illius non videri. Neque hæc res captionem ullam habet, cùm non ingenuus pronuncietur, sed non servus videri. Quod si ex servitute in ingenuitatem se allegat, meliùs fecerint si cognitionem circumduxerint, ne sine adversario pronuncient ingenuum videri; nisi magna causa suadeat et evidentes probationes suggerant secundùm libertatem pronunciandum, ut etiam rescripto Adriani continetur.*

§. 2. *Quòd si is qui pro suâ libertate litigat, desit, contradictor verò præsens sit, melius erit inaugeri causam ejus, sententiamque proferri. Si enim liquebit, contrà libertatem dabit. Evenire autem potest ut etiam absens vincat: nam potest sententia etiam secundùm libertatem dari.*

Cette loi a pour objet, comme l'on voit, de

régler la manière dont le juge doit prononcer sur une question de liberté ou d'esclavage, lorsque l'une des parties entre lesquelles le procès est engagé, fait défaut.

Elle suppose d'abord que c'est le prétendu maître qui agit contre son prétendu esclave pour le faire priver de la liberté dont il est en possession de fait, et qu'au lieu de comparaître à l'audience pour soutenir son action, il fait défaut (1).

Elle passe ensuite au cas où c'est le prétendu esclave qui, constitué de fait dans l'état d'esclavage, assigne son prétendu maître pour voir proclamer sa liberté, et elle suppose que le maître ne défend pas à cette assignation.

Enfin, elle s'occupe du cas où le prétendu esclave, n'importe qu'il soit demandeur ou défendeur, ne comparaît pas pour soutenir sa demande ou pour combattre celle de son prétendu maître.

Dans le premier cas, c'est-à-dire, lorsque c'est le maître qui est demandeur en déclaration d'esclavage, et qu'il fait lui-même défaut sur sa propre demande, que doit faire le juge? La loi répond qu'il doit laisser au défendeur le choix d'ajourner indéfiniment la cause, en la rayant du rôle, ou de prendre sur-le-champ son avantage; et qu'en cas d'option pour ce dernier parti, il doit prononcer, non pas que le défendeur est ingénu, mais seulement qu'il n'est pas l'esclave du demandeur, *servum illius non videri*, en sorte qu'il pourra encore être jugé, soit l'esclave, soit l'affranchi d'un autre.

Dans le second cas, ou en d'autres termes, lorsque c'est le prétendu esclave qui est demandeur en déclaration de liberté, et que son prétendu maître fait défaut, le juge doit rayer la cause du rôle, à moins que le défendeur ne produise des preuves bien claires de sa liberté; auquel cas, il le déclarera libre.

Enfin, dans le troisième cas, si c'est le prétendu esclave qui fait défaut, n'importe qu'il soit demandeur ou défendeur, le juge doit prononcer définitivement d'une manière ou de l'autre, et par conséquent le déclarer esclave, s'il lui paraît tel; ou libre, malgré son absence, s'il trouve les preuves de sa liberté bien claires.

Et c'est d'une loi qui contient toutes ces décisions, que les docteurs ont prétendu inférer la différence qu'ils établissent, par rapport aux jugemens intervenus sur les Questions d'état, entre ceux qui ont été rendus contradictoirement et ceux qui l'ont été par défaut! Y ont-ils bien réfléchi, ou plutôt ont-ils bien lu le texte de la loi d'après laquelle ils ont raisonné?

Il est vrai que, dans la première partie du §. 1 de ce texte, il est dit que, si le prétendu maître, demandeur en déclaration d'esclavage, fait défaut sur sa propre demande, les juges doivent se borner à déclarer que le défendeur n'est pas son esclave, sans ajouter qu'il est absolument libre et moins encore ingénu. Mais quelle en est la raison? Est-ce parceque, s'ils le déclaraient purement et simplement libre ou ingénu, leur jugement opérerait indistinctement contre les tiers, en vertu de la prétendue prérogative qu'en ont tous les jugemens rendus sur des Questions d'état? Est-ce parceque cette prétendue prérogative doit être restreinte à ceux de ces jugemens qui sont véritablement contradictoires?

La loi semblerait le faire entendre ainsi par les mots, *nec enim penuria adversarii ingenuitatem solet tribuere*.

Mais ce qui prouve évidemment que ce n'est point là le motif déterminant de la loi, c'est la manière de prononcer qu'elle prescrit aux juges dans le second cas, c'est-à-dire, dans celui où c'est le prétendu esclave qui est demandeur en déclaration de liberté, et que le prétendu maître fait défaut. *Si*, dit-elle, ils trouvent la liberté du demandeur clairement justifiée par les preuves qu'il en rapporte, ils doivent, au lieu de rayer la cause du rôle, déclarer, non pas seulement qu'il n'est pas l'esclave de son adversaire défaillant, mais purement et simplement, mais en termes absolus, qu'il est libre.

Pourquoi cette différence entre les deux cas, tandis qu'il y a, dans l'un comme dans l'autre, défaut de comparution? Il ne faut pas en chercher la raison bien loin: c'est que, dans le premier cas, les juges ne sont

(1) Je traduis par *fait défaut*, les mots *deest cognitioni* qui sont dans la loi, quoique la grande Glose les entende comme synonymes de *desistit à causâ*, ce qui signifierait que le prétendu maître a, non pas fait défaut au moment où sa demande a été portée à l'audience, mais qu'il s'en est désisté, et rendrait par conséquent cette loi totalement étrangère à notre question. Mais il est impossible que, dans le §. 1er de la loi, le mot *desit* ait un sens différent de celui qu'il a dans le §. 2. Or, il est évident que, dans celui-ci, ce mot est employé comme signifiant un défaut proprement dit, et non un désistement, puisqu'il y est décidé que le demandeur en déclaration de liberté peut, tout en manquant à la cause, *si desit*, obtenir les fins de sa demande et être déclaré libre. C'est donc aussi d'un défaut proprement dit, et non d'un désistement de la demande en déclaration de servitude qu'il s'agit dans la première partie de la loi.

pas saisis d'une demande tendant à ce que le défendeur soit déclaré purement et simplement esclave, mais seulement d'une demande tendant à ce qu'il soit déclaré l'esclave de son prétendu maître; qu'à défaut de comparution de celui-ci, ils n'ont pas autre chose à faire que de donner au défendeur congé de la demande formée contre lui; et que par conséquent ils n'ont pas à juger si le défendeur est ou n'est pas l'esclave, s'il est ou n'est pas l'affranchi d'un tiers; au lieu que, dans le second cas, ils sont saisis d'une demande en déclaration pure et simple de liberté, et que la non comparution du défendeur ne doit pas les empêcher d'accueillir une demande qui leur paraît bien fondée.

Dans le troisième cas, c'est-à-dire, dans celui où c'est le prétendu esclave qui fait défaut, il y a une sous-distinction à faire.

Ou le prétendu esclave est défendeur à la demande formée contre lui en déclaration d'esclavage, ou il est lui-même demandeur en déclaration de liberté.

Dans la première hypothèse, le défaut de de comparution du prétendu esclave ne suffit pas pour que son prétendu maître obtienne gain de cause : il faut encore que la demande de celui-ci soit bien justifiée. Le juge examinera donc les preuves que le demandeur produit pour établir que le défaillant est son esclave. S'il les trouve claires, il prononcera contre la liberté : *Si liquebit, contrà libertatem dabit.* Mais s'il trouve au contraire que le défaillant est libre, il le déclarera tel, nonobstant son défaut de comparution : *Evenire autem potest ut etiam absens vincat : nam potest sententia etiam secundùm libertatem dari.*

Dans la seconde hypothèse, si l'on s'en tenait à la règle générale suivant laquelle le seul effet de la non comparution du demandeur, est qu'il doit être donné congé de sa demande, il ne pourrait être prononcé qu'au désavantage du défaillant, qui, par là, serait jugé l'esclave du défendeur comparaissant. Mais la faveur de la liberté exige que l'on prononce de la même manière que dans la première hypothèse, c'est-à-dire, que le demandeur défaillant ne soit déclaré esclave, que d'après des preuves claires de son état de servitude, et que, si, au contraire, les preuves qu'il a produites de sa liberté, en donnant l'assignation, paraissent décisives, il obtienne les fins de sa demande, quoiqu'il ne se présente pas à l'audience pour la soutenir.

De tout cela il résulte bien clairement que la loi dont il s'agit, est totalement étrangère à la question de savoir si, en supposant aux jugemens rendus sur des Questions d'état, l'étrange privilége dont les investit l'opinion commune des docteurs, on ne peut pas du moins argumenter de cette loi pour refuser ce prétendu privilége à ceux qui l'ont été par défaut.

Et c'est ce que reconnaît expressément Covarruvias, lorsqu'en résumant toute sa discussion sur cette loi, il dit : *postremò illud mihi probatissimum videtur, quod sententia lata contrà contumacem in causâ statûs, eâ tamen formulâ ut quis ingenuus pronunciatus fuerit propter evidentes probationes, nocere omnibus et prodesse quoad omnes, ac si lata foret præsente utroque litigante. Quod mihi probare videtur ipse juris-consultus in dictâ lege* DIVI FRATRES (ce sont les premiers termes de la loi citée); *alioquì, paùm discriminis esset inter eas formulas pronunciandi quas ipsemet inibi tantâ judicii intensitate tradere conatur.*

Cependant, il faut le dire, en s'expliquant ainsi, Covarruvias prête à cette loi une décision qu'elle ne renferme pas même implicitement. Uniquement occupée du soin de régler la manière de prononcer sur les questions de liberté ou de servitude, quand l'une des parties fait défaut, elle ne s'explique pas sur le point de savoir si les jugemens dont elle trace les formules, opèrent ou non contre les tiers non entendus ni appelés; et il ne peut pas, dès-lors, entrer dans son objet de décider si, parmi ces jugemens, il en est qui ont ou qui n'ont pas, à cet égard, moins d'effet que s'ils étaient contradictoires. En un mot, cette loi ne peut servir ni directement ni indirectement à justifier la différence que les auteurs établissent, quant aux jugemens rendus sur des Questions d'état, entre ceux qui ont été rendus contradictoirement et ceux qui l'ont été par défaut.

Mais, nous l'avons déjà dit, cette différence que Covarruvias lui-même, dans le passage que nous venons de transcrire, n'admet point dans un cas, il la fonde cependant un peu plus haut sur la loi 17, §. 1, D. *de inofficioso testamento* : il cite celle-ci comme décidant que, pour qu'un jugement rendu sur une Question d'état, ait son effet envers et contre tous, il faut qu'il l'ait été contradictoirement; et que, s'il l'a été par défaut, *contrà absentem*, il ne fait point loi à l'égard des tiers, *non facit jus inter alios*, parceque la condamnation du défaillant est présumée avoir été motivée sur sa non comparution plutôt que sur la justice, *quia præsumitur absens condem-*

natus potiùs ex contumaciâ quàm jure et justitiâ?

Ce n'est point là, et il s'en faut de beaucoup, ce que dit cette loi, totalement étrangère aux Questions d'état; cependant il faut convenir que, s'il était aussi constant qu'il l'est peu, en thèse générale, qu'un jugement rendu contradictoirement entre deux parties sur une Question d'état, lie les tiers comme les deux parties elles-mêmes, elle n'en formerait pas moins un argument pour établir qu'un jugement par défaut n'aurait pas la même autorité.

En effet, cette loi (calquée sur les principes de l'ancien droit, suivant lesquels le testament inofficieux était nul pour le tout, comme fait par un homme en démence et à ce titre incapable de tester, principes auxquels il a été dérogé par les novelles de Justinien, comme on l'a vu à l'article *Inofficiosité*, §. 4) cette loi décide que, lorsqu'un jugement contradictoire entre le fils injustement exhérédé et l'héritier institué, a déclaré le testament du père inofficieux, il en résulte, contre les légataires, une exception de chose jugée qui les empêche de réclamer leurs legs, quoiqu'ils n'aient été ni entendus ni appelés dans l'instance; mais elle ajoute qu'il en est autrement lorsque l'inofficiosité du testament a été prononcée par défaut contre l'héritier institué (1).

La loi 50, §. 1, D. *de legatis* 1° (2), et la loi 14, D. *de appellationibus* (3), appliquent la même distinction à tous les cas où un testament est déclaré nul pour quelque vice que ce soit. Si, disent-elles, ou du moins sont-elles censées dire, par leurs dispositions combinées ensemble et avec la loi 3, D. *de transactionibus* (1), si le jugement d'annullation a été rendu après une défense franche-ment contradictoire de la part de l'héritier institué, il nuit aux légataires qui n'y ont pas été parties; il leur est bien permis d'en appeler en leur nom, mais s'il n'en est interjeté appel, ni par l'héritier institué, ni par eux-mêmes, il a contre eux l'autorité de la chose jugée, parceque n'ayant pas profité du droit qu'ils avaient d'intervenir dans la cause, pour surveiller l'héritier institué, ils sont censés s'en être rapportés aux moyens qu'il ferait valoir pour la défense de leur titre commun. Il n'en est pas de même lorsque l'héritier institué s'est laissé condamner par défaut: sa condamnation, en ce cas, ne leur préjudicie pas plus qu'elle ne leur préjudicierait, si elle était le fruit d'une collusion pratiquée entre lui et l'héritier *ab intestat*, pas plus que ne leur préjudicierait une transaction par laquelle il aurait volontairement reconnu la nullité du testament.

Quoique ces lois n'aient plus d'objet dans nos mœurs, quoique dans nos mœurs le jugement rendu, même contradictoirement et sans collusion contre l'héritier institué, n'opère plus, contre le légataire non entendu ni appelé, l'effet qu'il opérait dans le droit romain, parceque, dans nos mœurs, la nullité de l'institution d'héritier, qui n'est plus qu'un véritable legs universel, n'emporte pas, comme dans le droit romain, celle des legs qui la précèdent ou la suivent dans le même testament (2); en devons-nous moins, en argumentant, par une analogie fort naturelle, du principe sur

(1) *Cùm contrà testamentum ut inofficiosum, judicatur, testamenti factionem habuisse defunctus non creditur. Non idem probandum, est si, herede non respondante, secundùm præsentem judicatum sit; hoc enim casu, non creditur jus ex sententiâ judicis fieri; et ideò libertates competunt et legata petuntur.*

(2) *Si hereditatis judex contrà heredem pronunciaverit non agentem causam vel lusoriè agentem, nihil hoc nocebit legatariis. Quid ergò si per injuriam fuerit pronunciatum, non tamen provocavit? Injuria ei facta non nocebit legatariis.*

(3) *Si perlusorio judicio actum sit adversùs testamentum, an jus faciat judex, videndum? Et D. Pius, cùm inter conjunctas personas diceretur per collusionem in necem legatariorum et libertatum actum, appellare eis permisit. Et hodie hoc jure utimur, ut possint appellare, sed et agere causam apud ipsum judicem qui de testamento cognoscit, si suspicientur non ex fide heredem causam agere. Quoties, herede non respondente, secundùm adversarium sententia datur, rescriptum est nihil nocere neque legatis, neque libertatibus, et hoc DD. fratrum epistolâ continetur ad Domitium in hæc verba: quod, absente possessore nec quoquam nomine ejus respondente, pronunciatum est, non habet rei judicatæ auctoritatem, nisi adversùs eum solum qui adesse neglexerit: quare his qui testamento libertates, vel legata, vel fideicommissa acceperunt, salvæ sunt actiones, si quas habuerunt, perindè ac si nihil esset judicatum: et ideò adversùs eum qui vicit, permittimus agere.*

(1) *Imperatores Antonius et Verus ità rescripserunt: privatis pactionibus non dubium est non lædi jus cæterorum. Quare transactione quæ inter heredem et matrem defuncti facta est, neque testamentum recissum videri posse, neque manumissis vel legatariis actiones sunt ademptæ. Quare quidquid ex testamento petunt, scriptum heredem convenire debent; aut si non cavit, non debet negligentiam suam ad alienam injuriam referre.*

(2) *V.* l'article *Legs*, sect. 2, n° 1.

lequel ces lois étaient fondées, admettre, relativement aux Questions d'état en général, la différence que les docteurs soutiennent exister, quant aux tiers, entre les jugemens par défaut et les jugemens contradictoires?

Nous devrions l'admettre sans difficulté, s'il était vrai, comme ils l'enseignent, que les jugemens contradictoires sur les Questions d'état en général, ont, à l'égard des tiers, plus d'effet que les jugemens contradictoires sur d'autres matières.

Mais nous avons démontré, à l'art. 1er de ce paragraphe, que, prise dans sa généralité, cette doctrine ne repose sur aucune base solide; l'exception que les docteurs y mettent par rapport aux jugemens par défaut, est donc illusoire pour les Questions d'état en général.

II. Il reste pourtant à savoir si cette exception est applicable au seul cas où nous avons prouvé que la doctrine qu'elle limite, est vraie, c'est-à-dire, au cas du désaveu fait par le mari, de l'enfant que sa femme a conçu pendant le mariage.

Au premier aspect, il semblerait que l'affirmative ne dût souffrir aucune difficulté et qu'elle dérivât tout naturellement des lois romaines que nous venons de citer.

Mais le contraire résulte de l'esprit même de ces lois.

On vient de voir que, fermement attachées au principe qu'il n'y avait qu'un jugement véritablement contradictoire entre l'héritier institué et l'héritier *ab intestat*, qui, en déclarant l'institution nulle, pût préjudicier aux légataires non entendus ni appelés, elles conservaient les droits de ceux-ci dans toute leur intégrité, si l'institution se trouvait annulée par une transaction, comme elles les conservaient dans le cas où l'institution n'avait été annulée que par un jugement par défaut.

Or, la transaction, disons plus, la simple reconnaissance, par laquelle un mari se serait désisté du désaveu qu'il aurait précédemment fait de l'enfant conçu par sa femme pendant le mariage, pourrait-elle être querellée par un tiers? Non certainement; et nous en avons dit la raison plus haut, art. 1er, n° 5: c'est que le mari est, à l'égard de l'enfant conçu par sa femme pendant le mariage, un juge exclusif et souverain, toutes les fois qu'il prononce en faveur de sa paternité; et comment ne pourrait-il pas faire, en laissant rejeter son désaveu par défaut, ce qu'il est maître de faire en reconnaissant volontairement l'injustice de ce désaveu?

§. IV. *Autres Questions sur cette matière.*

V. les articles *Filiation, Légitimité*, sect. 4; *Naissance* (*acte de*) et *Question préjudicielle*, n° 1.]]

[[QUESTION PRÉJUDICIELLE. On appelle ainsi toute question qui, dans un procès, doit être jugée avant une autre, parceque celle-ci serait sans objet, si la personne qui l'élève, succombait sur celle-là.

I. Justinien, dans ses Institutes, titre *de actionibus*, §. 13, donne pour exemple des questions de cette nature, le cas où il s'agit de savoir si un homme est, ou libre, ou affranchi, ou esclave, et celui où la filiation d'un enfant est contestée: *Præjudiciales actiones....., quales sunt per quas quæritur an aliquis liber an libertus sit, vel servus, vel de partu agnoscendo.*

Mais ce n'est pas à dire pour cela que ces Questions soient toujours préjudicielles, dans le sens habituel de ce mot: elles ne le sont que lorsqu'elles s'élèvent incidemment à des demandes qui les présupposent décidées en faveur des parties par lesquelles ces demandes sont formées.

Ainsi, qu'un enfant réclame, soit en vertu de son acte de naissance, une filiation différente de celle dont il a la possession, soit, en vertu de sa possession, une filiation différente de celle que lui assigne son acte de naissance, ce sera, de sa part, une action principale; et la Question qu'elle présentera aux juges, quoique *préjudicielle* de fait, par l'influence nécessaire et inévitable qu'en aura le jugement sur tous les effets de la filiation contestée, ne le sera cependant pas de nom.

Mais que, sur une demande en partage d'hérédité, il soit opposé au soi-disant enfant qui la forme, une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il est étranger à la famille, la Question qui naîtra de cet incident, sera *préjudicielle* de nom comme de fait; et il faudra que le juge la décide, avant de s'occuper de la demande en partage.

La loi 1, *C. de ordine cognitionum*, nous fournit un exemple de la nécessité de juger les Questions préjudicielles avant celles qui en dépendent. Le nommé Vitalius avait intenté une action criminelle contre un citoyen romain. Celui-ci le soutint non-recevable, parcequ'il était son esclave. Vitalius prétendit au contraire qu'il était libre. Mais embarrassé sur la manière dont il devait s'y prendre pour faire statuer, et sur l'action criminelle qu'il n'aurait pas pu intenter, si réellement il eût

été esclave, et sur la question de sa liberté, il consulta l'empereur Alexandre. Quelle fut la réponse de ce législateur? Faites juger avant tout si vous êtes libre ou esclave : *Cùm ipse confessus es statûs controversiam te pati, quâ ratione postulas priusquàm de conditione constaret tuâ, accusandi tibi tribui potestatem contrà eum qui te servum esse contendit? Cùm igitur, sicut allegas, statu tui generis fretus et juxtà jus ordinarium præsidem pete, qui, cognitâ priùs liberali causâ, ex eventu judicii, quid de crimine statuere debeat non dubitabit.*

Nous en trouvons un autre exemple dans l'art. 189 du Code civil. Un mariage est attaqué, sur le fondement qu'il a été contracté pendant que l'un des époux était engagé dans les liens d'un autre mariage non dissous. Pour toute défense, les nouveaux époux soutiennent que le premier mariage est nul. Dans ce cas, dit l'article cité, « la validité ou » la nullité de ce mariage doit être jugée préa» lablement ». (*V.* l'article *Question d'état*).

II. Lorsque, dans un procès, soit criminel, soit correctionnel, soit de simple police, fondé sur un dommage prétendu causé à la propriété d'autrui, le premier allègue pour sa défense, ou que le bien prétendu endommagé lui appartient, ou qu'il a sur ce bien une servitude ou des droits quelconques qui l'autorisent à y faire ce qu'il y a fait, en un mot, lorsqu'il se borne à dire, *feci, sed jure feci*, quel parti doit prendre le juge?

Il doit surseoir aux poursuites, soit criminelles, soit correctionnelles, soit de simple police, jusqu'à ce que les parties aient fait juger la Question préjudicielle par les tribunaux civils.

Cette règle, qu'on a développée, avec les exceptions qui la modifient, aux mots *Délit forestier*, §. 17 et 18, a encore été confirmée par un arrêt de la cour de cassation, du 10 avril 1806, dont voici l'espèce et le dispositif :

« Le nommé Scarone était prévenu d'avoir fait abattre, dans un bois qui lui avait été affermé par le sieur Bosello, des arbres propres à la construction, dont le gouvernement s'était réservé la propriété. Scarone ne dénia pas, devant le tribunal de police correctionnelle, que le gouvernement se fût réservé la propriété de ces arbres.

» Sur l'appel du jugement de première instance, Scarone soutint que Bosello, dont il était fermier, était propriétaire exclusif de ces arbres, et que le gouvernement ne s'en était pas réservé la propriété. L'administration forestière et le ministère public soutinrent le contraire.

» Il s'élevait, dès-lors, une Question préjudicielle sur le droit de propriété, et il y avait lieu à surseoir jusqu'à ce que cette question eût été décidée par les tribunaux civils. La cour de justice criminelle du département de Montenotte avait cependant prononcé sur le fond ».

» Violation des règles de compétence, et excès de pouvoir. L'arrêt portant cassation, est conçu en ces termes :

» Ouï le rapport de M. Vergès..... ;

» Vu l'art. 436, n° 6, du Code des délits et des peines ;

» Considérant que, devant le tribunal de première instance, Jean-Baptiste Scarone, fermier d'un bois appartenant au sieur Bosello, n'a pas dénié que le gouvernement se fût réservé la propriété des arbres propres à la construction ; que, sur l'appel émis du jugement de première instance par l'administration forestière et par le procureur impérial, Scarone a soutenu, pour la première fois, que Bosello, dont il était fermier, était seul propriétaire des arbres de construction, et que le gouvernement n'y avait aucun droit ; que l'administration forestière et le ministère public ont, au contraire, constamment soutenu que le gouvernement était propriétaire exclusif des bois de construction ; qu'il s'est par conséquent élevé sur l'appel une discussion de propriété qui formait une Question préjudicielle ; que la connaissance de cette Question préjudicielle était exclusivement de la compétence des tribunaux civils ; que, dès-lors, la cour de justice criminelle du département de Montenotte aurait dû surseoir à prononcer jusqu'à ce qu'il eût été fait droit par l'autorité compétente sur ce droit de propriété, d'après les titres et les autres preuves légales ; qu'en prononçant sur le fond, malgré le conflit de propriété existant, cette cour a étendu ses attributions, *commis* un excès de pouvoir et violé les *règles* de compétence établies par la loi ;

» La cour casse l'arrêt rendu le 4 décembre 1805, par la cour de justice criminelle du département de Montenotte.... ». (*Bulletin criminel de la cour de cassation*).

Pareil arrêt, le 12 juin 1807.

« Les sieurs Bouchard et le sieur Berney possèdent, sur la rivière de la Versoix, au lieu dit *la Bâtie*, une papeterie et un martinet. Pour employer les eaux de cette rivière, sur les bords de laquelle ils n'ont aucune propriété, ils en dérivent un volume suffisant,

au moyen d'une digue construite en bois. Cette digue est appuyée, de l'un et de l'autre côté, sur les propriétés des riverains. De cette position résulte, pour les propriétaires de ces usines, la nécessité de passer sur les terres et bois appartenant aux riverains, pour arriver à leur manufacture.

» Quand il faut réparer la digue, ce qui arrive fréquemment, ils ne peuvent se dispenser de faire transporter les matériaux et les faire disposer et travailler, en traversant et occupant momentanément la propriété de ces riverains. Les sieurs Majeur et Perrin ont contesté l'usage de cette faculté : ils ont présenté, le 20 mars 1807, une plainte au tribunal de simple police de l'arrondissement de Genève, devant lequel ils ont fait citer les propriétaires des usines, contre lesquels ils ont conclu à une condamnation de paiement de 50 francs de dommages-intérêts, outre celle prononcée par la loi, à l'enlèvement d'une pièce de bois que lesdits sieurs Bouchard s'étaient permis de faire déposer sur la rive, après l'avoir fait traverser les bois à eux appartenant, à des défenses de récidive et aux dépens.

» Les sieurs Bouchard avaient soutenu, en reconnaissant la vérité des faits, que, s'ils avaient passé sur les fonds voisins de leur digue, c'était en usant d'un droit qui ne leur avait jamais été contesté, *d'un droit qui leur appartenait ;* ils avaient conclu formellement *à ce que le tribunal de police se déclarât incompétent*, vu qu'il s'agissait de prononcer sur une *question de propriété.*

» Malgré ce déclinatoire, le tribunal avait, par un premier jugement du 23 mars, déclaré sa compétence et ordonné son transport sur les lieux contentieux ; et le 30 du même mois, il a, par jugement définitif, condamné les sieurs Bouchard, sans avoir égard à leur exception d'incompétence, en six francs de dommages-intérêts envers les plaignans, à l'enlèvement des bois, et aux dépens.

» Un semblable jugement ne pouvait subsister, vu l'excès de pouvoir. Il a été annulé par l'arrêt qui suit :

» Ouï le rapport de M. Delacoste...;

» Vu l'art. 456, n° 6, du Code des délits et des peines, et l'art. 28 de la loi du 18 octobre 1791 ; et attendu que l'exception proposée par les frères Bouchard, qu'ils prétendaient avoir le droit de passer et faire passer sur les fonds des riverains, pour faire transporter à leurs usines les matériaux nécessaires à leurs réparations, formait une Question préjudicielle de propriété qui ne pouvait être jugée que par les tribunaux civils ; que cette exception suspendait l'exercice de la juridiction de police ; qu'en continuant d'instruire sur la plainte, et en y statuant, nonobstant cette exception, le tribunal de police a violé les règles de compétence établies par la loi, et commis un excès de pouvoir ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle les jugemens préparatoire et définitif, rendus les 23 et 30 mars dernier, par le tribunal de police de Genève, contre les frères Bouchard.....». (*Ibid*).

Le 2 octobre de la même année, arrêt semblable, ainsi conçu :

« Le procureur général expose que, le 27 floréal an 10, la cour de justice criminelle du département de Seine-et-Marne a rendu un arrêt dont la cassation est nécessitée par l'intérêt de la loi.

» François Reveillé père, Louis Reveillé fils, Claude Pasquier, et Jean-Charles Demailly, cultivateurs, demeurans à Montigny-sur-Grez, ont été traduits à l'audience correctionnelle du tribunal de première instance de Fontainebleau, comme prévenus, le premier et le troisième d'avoir coupé du bois, le second d'avoir fait paître une vache, et le quatrième d'avoir fait des défrichemens, dans des terrains faisant partie de la forêt nationale de Fontainebleau même.

» Pour prouver que ces terrains faisaient effectivement partie de cette forêt, l'inspecteur forestier a fait emploi d'un arrêté du conseil de préfecture du département de Seine-et-Marne, du 10 vendémiaire précédent, qui avait « réintégré la nation dans la » propriété et jouissance des terrains enclavés » dans la route du bornage fait en exécution » de l'arrêt du conseil du 16 juin 1750, par » procès-verbal du 13 novembre 1752, ho» mologué par autre arrêt du conseil du 28 » septembre 1756 ».

» Les prévenus, sans attaquer cet arrêté ni les arrêts du conseil dont il ordonnait l'exécution, ont soutenu qu'il n'était pas applicable aux terrains sur lesquels ils avaient été trouvés, attendu, disaient-ils, « que ces » terrains étaient hors de la limite ou bor» nage fait le 13 novembre 1752 ».

» L'inspecteur forestier a soutenu, au contraire, que ces terrains étaient enclavés dans cette route.

» Dans cet état des choses, que devait faire le tribunal correctionnel de Fontainebleau ? Il ne lui appartenait sans doute pas de juger si, effectivement, les terrains sur lesquels les prévenus avaient été trouvés, étaient des propriétés particulières à ceux-ci, ou s'ils dé-

pendaient de la forêt nationale. Cette question était hors de sa compétence, et il devait, aux termes de l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791, surseoir à statuer sur les poursuites correctionnelles dirigées contre les prévenus, jusqu'à ce que cette question eût été décidée par l'autorité compétente.

» Cependant, par quatre jugemens du même jour, 18 ventôse an 10, il a ordonné, *avant faire droit, que, par experts nommés par les parties, les terrains dont il s'agissait, seraient vus et visités, à l'effet par lesdits experts de vérifier seulement si les terrains sur lesquels s'étaient passés les faits constatés par les rapports du garde-forestier, étaient en deçà ou au-delà du bornage fait le 13 novembre 1752, le procès-verbal duquel bornage seulement serait représenté auxdits experts, pour, le rapport desdits experts fait et reporté au tribunal, être statué ce que de droit.*

» Les quatre prévenus ont appelé de ce jugement; et, par un premier arrêt, Louis Reveillé fils a été déclaré déchu de son appel.

» Mais, à l'égard des trois autres appelans, la cour de justice criminelle a prononcé en ces termes :

» *Considérant, quant à Reveillé père et Pasquier, qu'ils ne paraissent pas avoir été entendus par le conseil de préfecture, et qu'ils ne peuvent en conséquence lui avoir soumis les titres qu'ils peuvent avoir;*

» *Considérant, quant à Jean-Charles Demailly, qu'encore qu'il ait signé une pétition adressée au conseil de préfecture, relativement à l'objet de contestation, il ne peut pas être repris pour avoir continué sa jouissance depuis l'arrêté du 19 vendémiaire an 10, puisque ledit arrêté porte textuellement : sauf toutefois à examiner et discuter les titres; et que le cit. Demailly présente un titre, lequel n'est pas visé dans l'arrêté du 19 vendémiaire an 10;*

» *Considérant enfin que le tribunal de police correctionnelle ne peut connaître que des délits, et qu'il résulte des motifs ci-dessus que les appelans n'ont commis aucun délit;*

» *Le tribunal annulle les jugemens dont est appel, rendus contre lesdits Reveillé père, Pasquier et Demailly, sauf à l'administration forestière à se pourvoir devant l'autorité qui en doit connaître; défenses réservées au contraire.*

» Ainsi, la cour de justice criminelle, au lieu d'annuler les jugemens du tribunal correctionnel, comme incompétemment rendus, en ce qu'ils avaient ordonné une vérification de limites qui était tout entière dans les attributions de la justice civile, les a annulés en ce qu'ils avaient préjugé qu'en supposant le résultat de la vérification des limites contraire au système des prévenus, ceux-ci devaient être condamnés; et par-là elle a décidé que les prévenus ne devraient pas être considérés comme coupables des délits constatés par les procès-verbaux dressés contre eux, même dans le cas où, par le résultat de la vérification des limites, il apparaîtrait que les terrains sur lesquels l'administration forestière les accusait d'avoir commis ces délits, faisaient partie de ceux que l'arrêté du conseil de préfecture de Seine-et-Marne, du 19 vendémiaire an 10, avait déclaré appartenir à l'Etat.

» Pour prononcer ainsi, la cour de justice criminelle s'est fondée, quant à Reveillé père et Pasquier, sur ce qu'ils n'étaient point parties dans la contestation jugée par l'arrêté du conseil de préfecture; et quant à Demailly, sur ce qu'il représentait un titre qui n'était pas visé dans cet arrêté.

» Elle a donc jugé que, cet arrêté à part, Reveillé père, Pasquier et Demailly devaient être considérés comme possesseur *animo domini*, des terrains sur lesquels ils avaient, ou coupé du bois, ou fait des défrichemens.

» Mais ce point, a-t-elle pu le juger sans transgresser les bornes de sa compétence? Bien certainement, elle n'aurait pas pu juger que Reveillé, Pasquier et Demailly étaient propriétaires, et sous ce prétexte, les acquitter des délits dont ils se trouvaient prévenus. Mais de là même il suit nécessairement qu'elle n'a pas pu davantage juger qu'ils étaient possesseurs *animo domini*. La possession *animo domini* a, sous le rapport des délits prétendus commis sur le fonds qui en est l'objet, les mêmes effets que la propriété: de même qu'en coupant du bois sur son terrain, hors les cas prévus par la loi du 9 floréal an 11, un propriétaire ne peut jamais être censé commettre un délit, de même aussi un possesseur *animo domini* ne peut jamais être repris pour avoir coupé sur le terrain qu'il possède, du bois qui pourrait par la suite être jugé ne pas lui appartenir. Mais de même que la justice correctionnelle est incompétente pour juger si le prévenu d'un délit de coupe de bois est propriétaire du fonds, de même aussi, et par la même raison, elle est incompétente pour juger s'il possède le fonds *animo domini*. La possession *animo domini* est, comme la propriété, un objet purement civil et essentiellement préjudiciel à la question de savoir s'il y a ou s'il n'y a pas délit.

» Ce considéré, il plaise, à la cour, vu l'art. 88 de la loi du 27 ventôse an 8, et l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791, casser et annuler, pour l'intérêt de la loi seulement, l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de Seine-et-Marne, du 27 floréal an 10; et ordonner qu'à la diligence de l'exposant, l'arrêt à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres de ladite cour.

» Fait au parquet, le 2 septembre 1807. *Signé* Merlin.

» Ouï le rapport de M. Rataud...;

» Vu l'art. 456 du Code des délits et des peines qui autorise la cour de cassation à annuler les jugemens des tribunaux criminels, lorsqu'il y a eu, de quelque manière que ce soit, usurpation de pouvoir;

» La cour, faisant droit sur le réquisitoire du procureur général, et par les motifs y énoncés, casse et annulle, pour excès de pouvoir, et dans l'intérêt de la loi seulement, le jugement rendu par la cour de justice criminelle du département de Seine-et-Marne, le 27 floréal an 10, dans l'affaire dont il s'agit.... ».

Par bail du 30 octobre 1787, le sieur Vanderbruch afferme à la veuve Riche son domaine de Bétigny, pour vingt et un ans, qui doivent expirer le 30 novembre 1808, et la charge, conformément à l'usage du pays, de laisser, chaque année, un tiers des terres en jachères.

En 1806, le sieur Vanderbruch afferme le même domaine à Gabriel Boutteaux, pour entrer en jouissance à l'expiration du bail de la veuve Riche.

En mai 1807, Gabriel Boutteaux se met en devoir de cultiver et ensemencer celles des terres qui, d'après le bail de 1807, se trouvent en jachères; la veuve Riche s'y oppose.

Le 10 juin suivant, le sieur Vanderbruch la fait sommer de laisser à son nouveau fermier les terres en jachères pour les cultiver et ensemencer.

La veuve Riche ne s'arrête pas à cette sommation, et après avoir fait constater par un procès-verbal du garde champêtre, la culture commencée par Boutteaux, elle le cite devant le tribunal de police de Maubeuge, pour se voir condamner, comme coupable de voies de fait, à des dommages et intérêts et à l'amende.

Gabriel Boutteaux répond qu'il n'a fait qu'user d'un droit qui lui est acquis par son bail, et que la contestation qu'il éprouve sur ce droit, de la part de la veuve Riche, est une Question préjudicielle dont le juge de paix ne peut pas connaître.

Le 29 juin 1808, jugement qui, sans avoir égard au déclinatoire, condamne Gabriel Boutteaux à une amende de la valeur de trois journées de travail et aux dépens.

Mais sur le recours en cassation de Gabriel Boutteaux, arrêt du 5 août suivant, au rapport de M. Vermeil, par lequel,

« Vu les art. 605 et 606 du Code des délits et des peines du 3 brumaire an 4;

» Et attendu que le délit suppose un fait contraire au droit; que, quand l'auteur du fait soutient qu'il avait le droit d'agir ainsi qu'il l'a fait, d'après les clauses ou les conséquences d'un acte, il se présente une Question préjudicielle à juger dont le tribunal de police ne peut connaître, et qu'il doit renvoyer devant les juges ordinaires; que telle était la prétention de Boutteaux sur la demande formée contre lui par la veuve Riche, puisqu'en sa qualité de fermier entrant, il soutenait avoir le droit de cultiver et ensemencer les terres qui étaient en jachères dans la dernière année du bail du fermier sortant;

» D'où il suit que le tribunal de police séant à Maubeuge, a fait, par son jugement du 29 juin dernier, une fausse application de la loi, et a contrevenu aux règles de la compétence, en se refusant au déclinatoire opposé par le défendeur, et en prononçant contre lui une amende de la valeur de trois journées de travail pour prétendue voie de fait à lui attribuée;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

On trouvera au mot *Provision*, n° 5, un arrêt du 19 février 1808, qui, d'après le même principe, juge qu'un tribunal de police devant lequel est proposée une Question préjudicielle, ne peut pas plus s'occuper du provisoire que du principal, avant que cette question ait été décidée par l'autorité compétente.

Au surplus, les principes qui ont servi de base à ces arrêts, sont consacrés de nouveau par les dispositions du Code forestier du 21 mai 1827, que l'on trouvera ci-après, n° 9.

III. Mais y aurait-il lieu de surseoir au procès criminel, correctionnel ou de police, et de renvoyer devant les tribunaux civils, si l'exception *feci, sed jure feci*, était détruite par la production d'un jugement antérieur, non attaqué et irrévocable? Non.

Le 30 frimaire an 12, jugement du tribunal de paix du canton d'Ambert, qui, sur une action possessoire intentée par le sieur Collengette contre Benoît Perret et Geneviève

Boucheron, son épouse, maintient ceux-ci dans la possession de deux chênes.

Quelque temps après, les colons du sieur Chabrier, successeur du Collengette, enlèvent les glands de ces deux arbres.

Perret et son épouse les font citer au tribunal correctionnel de l'arrondissement d'Ambert.

Le sieur Chabrier intervient, prend le fait et cause de ses colons, et prétend que c'est lui qui est en possession des deux chênes.

Perret et sa femme opposent le jugement du tribunal de paix, et font remarquer que le sieur Collengette y a acquiescé.

Jugement qui surseoit à statuer sur la plainte de Perret et de sa femme, jusqu'à ce que la contestation sur la possession des deux chênes, ait été jugée par les tribunaux civils.

Appel. Le 3 mai 1807, la cour de justice criminelle du département du Puy-de-Dôme déclare qu'il a été bien jugé.

Perret et sa femme se pourvoient en cassation; et, par arrêt du 18 juin suivant, au rapport de M. Minier,

« Vu l'art. 456 de la loi du 3 brumaire an 4, n° 6;

» Considérant 1° qu'il avait été formellement jugé contradictoirement avec le sieur Collengette, aujourd'hui représenté par Claude-Joseph Chabrier, par un jugement rendu le 30 frimaire an 12, au tribunal du canton d'Ambert, département du Puy-de-Dôme, que Benoît Perret et Geneviève Boucheron, son épouse, étaient, depuis le mois de brumaire an 11, en possession paisible du terrain qui faisait l'objet de la contestation fixée par la citation même de Collengette, demandeur en complainte, à l'héritage appelé *le Teil*, avec les arbres y enracinés et le mur qui en faisait la clôture;

» 2° Que la possession des sieur et dame Perret se trouvant ainsi reconnue et déterminée, ils étaient incontestablement fondés à dénoncer au tribunal de police correctionnelle, l'entreprise des colons du sieur Chabrier, qui, au mépris de leur possession, et, en employant même la violence, avaient voulu récolter, malgré leur opposition, les glands des deux chênes existans sur le terrain dans la possession duquel ils avaient été maintenus, et que rien ne s'opposait à ce que ce même tribunal fît droit sur leur plainte; qu'il le devait d'autant plus que Chabrier, qui avait jugé à propos d'intervenir pour prendre le fait et cause de ses colons, s'attachait, dans sa défense, à remettre en question le fait de la possession des chênes qui faisait l'objet de la plainte, en soutenant contre le texte de la citation en complainte donnée par Collengette, et contre la lettre et l'esprit du jugement du 30 frimaire an 12 (auquel ledit Collengette avait formellement acquiescé), que ce même jugement n'était point relatif à la possession des chênes contentieux;

» 3° Que, dans une pareille position, le tribunal de police correctionnelle d'Ambert, en refusant de statuer sur la plainte des sieur et dame Perret, sous prétexte qu'il y avait une Question préjudicielle à décider relativement à la possession des deux chênes dont les colons du sieur Chabrier avaient enlevé la récolte, a méconnu l'autorité de la chose jugée, les règles de la compétence et commis un véritable excès de pouvoir;

» Qu'enfin, en confirmant ce jugement par son arrêt du 3 mai 1807, la cour de justice criminelle du département du Puy-de-Dôme s'est rendu propre l'excès de pouvoir commis par le tribunal de police correctionnelle, séant à Ambert;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle... ».

V. ci-après, n° 9, l'art. 182 du Code forestier du 21 mai 1827.

IV. Lorsque l'adjudicataire d'une coupe de bois, pour repousser l'imputation qui lui est faite d'avoir exploité d'une manière prohibée par la loi, les arbres compris dans son adjudication, allègue que ce mode d'exploitation est justifié par le cahier des charges, cette allégation, si elle est évidemment démentie par le cahier des charges même, constitue-t-elle une Question préjudicielle qui nécessite le sursis au jugement, jusqu'à ce qu'il y ait été statué par les tribunaux?

Le *bulletin criminel* de la cour de cassation nous présente, en ces termes, un arrêt du 30 octobre 1807, qui juge que non :

« Un procès-verbal des agens forestiers ayant constaté que des arbres avaient été *arrachés*, avec leurs racines, dans la coupe vendue au sieur Petit dans le grand parc de Bissuy, le sieur Petit, adjudicataire, et François Pichon, son bûcheron, furent traduits devant le tribunal de police correctionnelle d'Evreux, pour être condamnés au paiement des dommages et intérêts stipulés par le bref d'adjudication, et à l'amende.

» Jugement du 1er avril 1807, par lequel le tribunal se déclare incompétent et renvoie les parties devant qui de droit, par la raison que *le délit forestier dont il s'agissait, n'était qualifié délit par aucune loi, et qu'en conséquence, il n'était requis aucune peine.*

» Ce jugement fut confirmé par un arrêt

rendu le 19 septembre 1807, par la cour de justice criminelle du département de l'Eure : en adoptant les motifs des premiers juges, cette cour déclara encore *que le sieur Petit ayant soutenu dans ses défenses, qu'il avait eu le droit, en vertu du cahier des charges, d'exploiter comme il l'avait fait, il existait, dès-lors, une Question préjudicielle qui ne pouvait être de la compétence que des tribunaux civils.*

» L'administration forestière s'étant pourvue contre cet arrêt, il a été cassé d'après les motifs exprimés dans l'arrêt suivant :

» Ouï le rapport de M. Guieu.... ;

» Vu l'art. 42 du tit. 15 de l'ordonnance de 1669, l'art. 48 du même titre, l'art. 8 du tit. 32 de la même ordonnance, l'art. 13 du même titre, l'art. 49 des conditions générales du cahier des charges pour l'adjudication des coupes de l'an 1807, dans les bois du gouvernement, l'art. 5 du cahier des charges et clauses particulières de l'adjudication des coupes de l'ordinaire de 1807, dans la cinquième conservation ;

» Attendu 1° que tout délit forestier est de la compétence nécessaire et exclusive des tribunaux correctionnels ; qu'à ces tribunaux seuls il appartient de prononcer les peines encourues pour les délits de ce genre ;

» 2° Qu'il est constaté, par le procès-verbal du 9 janvier 1807, dirigé contre le sieur Petit, adjudicataire, et François Pichon, son bûcheron, qu'il a été, dans la vente dudit Petit, arraché des arbres avec leurs racines, lequel arrachis n'était point autorisé par les conditions de la vente ; que foi est due audit procès-verbal jusqu'à inscription de faux ; que de ce fait résulte un double délit : celui d'enlèvement d'objets non vendus à l'adjudicataire, cas prévu par l'art. 48 du tit. 15 de l'ordonnance de 1669 ; et celui d'arracher des racines des arbres que l'adjudicataire était seulement autorisé à couper, suivant la pratique ordinaire, cas prévu par l'art. 15 du tit. 32 de la même ordonnance ; que, sous ces deux rapports, le fait imputé à Petit et à François Pichon, avait le caractère d'un attentat à la propriété d'autrui, à des règles d'ordre public, et à des textes précis de l'ordonnance de 1669 ;

» 3° Qu'il ne peut résulter de Question préjudicielle d'un cahier des charges ou d'adjudication, que lorsque l'adjudicataire en excipe pour justifier l'étendue de son exploitation, mais nullement lorsqu'il veut s'en prévaloir, pour justifier un mode d'exploitation condamné par la loi ou un fait qu'elle caractérise comme un délit ; que d'ailleurs l'exception proposée par Petit et François Pichon, loin d'être appuyée par les cahiers des charges et d'adjudication, leur était contraire, de manière que cette exception n'a pu faire naître aucune espèce d'incertitude sur la contravention dont Petit et François Pichon ont été prévenus, et donner lieu à un renvoi pardevant la juridiction civile ;

» Le cour casse et annulle l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de l'Eure, du 19 septembre 1807, par lequel la cour s'est déclarée incompétente pour connaître des faits imputés à Petit et à François Pichon..... ».

L'arrêt suivant, qui a été rendu le 15 avril 1808, au rapport de M. Babille, est, en partie, fondé sur le même principe :

« Vu l'art. 456 du Code des délits et des peines ;

» Et attendu qu'il était constant, d'après l'adjudication et le cahier des charges, qu'il avait été vendu à Pierre Dupuy, des arbres dans la forêt de Blois, au triage de l'hôtel Pasquier, climat de la Bonne-Dame ; que ces arbres n'avaient que 8 à 9 décimètres de tour, et étaient placés dans l'allée de Bary ; et qu'il était défendu à Pierre Dupuy d'enlever aucun de ces arbres, avant qu'il fût marqué à ses deux extrémités, de l'empreinte du marteau du garde du triage, à peine, d'après l'art. 11 du cahier des charges, d'être poursuivi correctionnellement, et de se voir condamner à le payer au pied de tour, d'après le procès-verbal du garde ;

» Attendu qu'il était constaté par le procès-verbal du garde du triage, du 21 janvier dernier, que Pierre Dupuy avait exploité et enlevé un chablis dans le climat de St-Georges, et par conséquent hors de l'enceinte de son adjudication ; que cet arbre existait, non dans l'allée de Bary, mais le long de cette allée ; que cet arbre comportait un pied de tour, et était d'un volume plus fort qu'aucun de ceux qui lui avaient été adjugés ; et que cet arbre avait été enlevé sans être marqué, à ses extrémités, de l'empreinte du marteau du garde du triage ; ce qui soumettait expressément Pierre Dupuy à des poursuites correctionnelles, conformément à l'art. 11 du cahier des charges ;

» Attendu qu'il résultait de là un délit constant ; que ce délit étant ainsi établi, il ne pouvait y avoir lieu à une question incidente de propriété ; qu'en cet état, la cour de justice criminelle saisie de la connaissance de ce délit, ne pouvait s'en dessaisir sous le prétexte de cette Question préjudicielle ; que,

néanmoins, elle a renvoyé cette question devant l'autorité administrative, encore bien qu'il fût démontré, par les pièces et la procédure, qu'elle n'avait aucun fondement, et quoique le délit fût indépendant de toute décision sur cette question; et qu'en le faisant, elle a violé les règles de compétence et même violé la loi, en n'appliquant pas immédiatement les peines prononcées par les art. 11 et suivans du tit. 32 de l'ordonnance de 1669;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu, le 14 janvier 1808, par la cour de justice criminelle du département de Loir-et-Cher.

V. ci-après, n° 9, l'art. 182 du Code forestier du 21 mai 1827.

V. Peut-on regarder comme *préjudicielle* au jugement à rendre sur une plainte du ministère public en contravention à la police des chantiers, la difficulté qui s'élève incidemment entre le propriétaire et le locataire d'un chantier, relativement à la résiliation du bail que l'un en a fait à l'autre?

La négative est incontestable, et elle a été consacrée par un arrêt de la cour de cassation, du 3 septembre 1807, dont le *Bulletin criminel* de cette cour nous retrace ainsi l'espèce et le dispositif:

« L'un des commissaires de police de la ville de Nantes avait constaté, par procès-verbal du 7 juillet 1807, que les bois du sieur Boisgontier, marchand de bois, étaient empilés immédiatement contre plusieurs maisons et une des cheminées, et s'élevaient même jusqu'au niveau d'une cheminée voisine d'un grenier à foin, par contravention un réglement local.

» Sur la citation donnée en conséquence au sieur Boisgontier, devant le tribunal de police, ce tribunal, après avoir fait appeler en cause le sieur Deschampsneuf, propriétaire du chantier occupé par le sieur Boisgontier, s'est permis, *sans avoir égard, quant à présent, aux demandes formées sur les plaintes du commissaire de police*, de renvoyer *les parties devant le tribunal civil pour leur être fait droit*

» L'un des motifs donnés à ce refus de statuer sur une contravention, a été que les sieurs Boisgontier et Deschampsneuf étaient en litige sur le *résiliement du bail* du chantier: comme si cette contestation, distincte par son objet et par la compétence des tribunaux, pouvait motiver un refus de prononcer sur des faits qui intéressent la sûreté publique et l'exécution des réglemens de police.

» Aussi, sur le pourvoi, formé par l'officier exerçant le ministère public près le tribunal de police, contre ce jugement, la cour suprême s'est empressée de réprimer une contravention qui accumulait ainsi l'excès de pouvoir et le déni de justice. L'arrêt de cassation est ainsi conçu:

» Ouï le rapport de M. Vasse....;

» Vu l'art. 13 du tit. 2 de la loi du 16-24 août 1790;

» Attendu qu'un réglement de police dont l'existence n'est point désavouée dans le jugement du tribunal de police de Nantes, du 16 juillet 1807, prohibait aux marchands et propriétaires d'empiler leurs bois à distance moindre de dix mètres des pignons et murs des habitations; et qu'un procès-verbal et l'instruction constataient que Louis Boisgontier, marchand de bois, avait empilé ses bois en contravention à ce réglement;

» Et que l'instance qui pouvait exister au civil entre lui et Joseph Deschampsneuf, propriétaire de l'emplacement du chantier, sur la validité ou la durée du bail passé entre eux, était absolument indépendante de cette contravention, et qu'il n'en pouvait résulter aucune Question préjudicielle;

» Attendu qu'il n'appartient point aux tribunaux d'apprécier les actes des corps administratifs; qu'ils doivent au contraire en maintenir rigoureusement l'exécution, tant que ces actes ne sont pas révoqués par l'autorité administrative compétente;

» Attendu qu'en refusant d'avoir égard à la plainte portée par le commissaire de police, le tribunal de police du canton de Nantes a empiété sur le pouvoir administratif, et a commis un excès de pouvoir; qu'en alléguant, pour justifier son refus de statuer sur la plainte, une instance au civil absolument étrangère à la contravention, le tribunal a encore commis un déni de justice, et faussement appliqué les règles de compétence établies pour la poursuite des délits;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle....».

VI. 1° Lorsque le prévenu d'un délit, que le procès-verbal énonce avoir été commis dans une forêt de l'État, allègue, pour sa défense, que cette forêt n'appartient point à l'État, mais à une personne ou à une corporation qu'il désigne, cette allégation constitue-t-elle une Question préjudicielle, dans le sens de l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791?

2° Dérive-t-il une Question préjudicielle, dans le même sens, de l'allégation d'un par-

ticulier poursuivi pour avoir introduit des moutons dans un bois, que la partie de ce bois où il avait fait paître ses moutons, était en culture, et que l'administration l'avait autorisé à faire paître ses moutons dans les lieux accoutumés?

3° De l'allégation mise en avant par des particuliers surpris faisant paître leur bestiaux dans un canton de bois non déclaré défensable, qu'ils ont un droit d'usage sur ce canton, résulte-t-il une Question préjudicielle qui oblige le tribunal correctionnel de surseoir, jusqu'à ce qu'il ait été statué par le tribunal civil sur l'existence du droit attaqué?

Voici deux arrêts de la cour de cassation qui décident la première question pour la négative, et que nous tirons du même *Bulletin* que le précédent.

Le premier est du 16 octobre 1807.

« Le 25 juin dernier, le sieur Jean Alpi, sous-inspecteur des eaux et forêts dans le département des Apennins, accompagné d'un garde forestier, faisait sa tournée et visite des bois situés sur la commune de Valdéra, connus sous les noms de *Focrosa, Monte Grota* et *Monte del Groppa;*

» Arrivé dans un endroit qui est entre le Fosseto et Focrosa, bois de l'état, essence de hêtre de demi-futaie, trouva un troupeau de chèvres et brebis, au nombre de cent soixante-sept chèvres et treize brebis, gardées par André Zuca, la femme de Jean Baratoni, Joseph Bezi et andré Maestri, et paissant dans lesdits bois.

» Il saisit ces bestiaux, et voyant l'impossibilité de les conduire dans un lieu de dépôt, il les laissa à la garde des susdits, à la charge par eux d'en répondre et de les représenter à toute réquisition, et dressa son procès-verbal de ce délit.

» D'après les formalités voulues, les délinquans furent traduits devant le tribunal correctionnel de Bergotaro, où le sous-inspecteur conclud à ce qu'ils fussent déclarés convaincus d'avoir laissé paître entre *Fosseto* et *Focrosa*, partie d'une forêt, lesdites chèvres et brebis, et condamnés en l'amende de 550 francs, en pareille somme de restitution et aux frais, sous la responsabilité de leurs parens et maîtres.

» Les défendeurs prétendirent que leurs chèvres et brebis n'avaient pas été trouvées dans une forêt de l'état, mais bien dans des bois appartenans à la reine d'Etrurie, et conclurent à être déchargés de l'action.

» D'après les conclusions respectives, intervint un jugement au tribunal correctionnel de Bergotaro, qui donna acte aux défendeurs de leurs dires et leur accorda le terme de huit jours, attendu l'incident sur la propriété, pour, d'après l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1792, appeler en cause le préfet du département et lui fournir copie de leurs pièces; à défaut de quoi, il serait provisoirement passé outre au jugement du délit; la question de propriété demeurant réservée.

» Le procureur du gouvernement appela de ce jugement à la cour criminelle du département des Apennins, qui, par son arrêt du premier septembre dernier, le confirma.

» Contravention à l'art. 13 du tit. 19 de l'ordonnance de 1669, et fausse application des règles de compétence, en ce que la prohibition portée en cet article, est d'ordre public et de police générale, et qu'en supposant que les chèvres et brebis en question pâturassent dans des bois appartenant à la reine d'Etrurie, les défendeurs n'en étaient pas moins passibles de l'amende, dès qu'il était reconnu que ces bois étaient situés dans l'enclave du territoire soumis aux lois françaises.

» Ouï le rapport de M. Dutocq.....;

» Vu l'art. 13 du tit. 19 de l'ordonnance de 1669;

» Attendu que la prohibition portée dans cet article, est d'ordre public et de police générale; qu'elle est une mesure d'administration pour la conservation des bois, que les chèvres et brebis endommagent d'une manière irréparable; qu'étant absolue contre ceux qui ont droit d'usage dans les bois des particuliers, elle a le même caractère à l'égard de tous autres; qu'elle n'est pas seulement relative à l'intérêt des particuliers propriétaires des bois, qu'elle a aussi pour objet l'intérêt national; que, dès-lors, son infraction ne saurait être couverte, dans les bois des particuliers, qui ne sont pas compris dans l'exception portée en l'art. 5 de la loi du 9 floréal an 11, par le silence des propriétaires particuliers ni même justifiée par leur autorisation; que, dès-lors encore, les gardes forestiers, en leur qualité d'officiers de police judiciaire, peuvent valablement en dresser procès-verbal à l'égard des bois des particuliers, quoique ceux-ci n'aient pas requis leur ministère à cet effet (1);

» Qu'il était donc indifférent de savoir, dans l'espèce jugée par la cour criminelle du

(1) Les deux assertions sur lesquelles repose le motif établi dans cet alinéa, sont-elles bien exactes? je crois les avoir suffisamment réfutées à l'article *Pâturages*, §. 1, n°s 7 et 8, et à l'article *Procès-verbal*, §. 6, n° 47; et que, par suite, ce motif aurait dû être remplacé dans l'arrêt que je transcris ici, par celui qui sert de base à l'arrêt suivant.

département des Apennins, si la partie de forêt, dans laquelle les gardes forestiers avaient trouvé broutantes les cent ving-sept chèvres et vingt-trois brebis, appartenait au domaine ou bien à la reine d'Etrurie; qu'il suffisait, pour que la contravention fût constatée et que la peine de la loi dût être prononcée, qu'il fût reconnu que cette partie de forêt était située dans l'enclave du territoire soumis aux lois françaises;

» Qu'en renvoyant les parties à faire juger la question de propriété de cette partie de forêt, et en soumettant à cette décision le jugement à rendre sur la poursuite correctionnelle relative à la contravention constatée par le procès-verbal des gardes forestiers, la cour criminelle du département des Apennins a fait une fausse application des règles de compétence, et a violé l'art. 13 du tit. 19 de l'ordonnance de 1669, ci-devant transcrit;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle..... ».

Le second arrêt a été rendu le 30 du même mois.

« Il s'agissait d'une extraction de pierres, faite en délit dans un terrain que les gardes forestiers avaient déclaré dépendre de la forêt domaniale de Bizy. Les prévenus avaient allégué que ce terrain n'était point une propriété domaniale; et sur cette allégation, le tribunal de première instance, et la cour de justice criminelle, sur l'appel, avaient sursis jusqu'à ce qu'il eût été statué sur la question de propriété par les tribunaux compétens. Mais la question de propriété ne peut être élevée par un délinquant, lorsqu'autant qu'il excipe d'un droit personnel. En conséquence, arrêt de cassation, ainsi qu'il suit :

» Oui le rapport de M. Rataud.....;

» Vu l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791;

» Attendu qu'il s'agissait, dans l'espèce, d'un fait d'extraction de pierres, sans permission préalable, dans un terrain que les gardes forestiers ont déclaré être domanial et dépendre de la forêt de Bizy, genre de délit prévu par l'art. 12 du tit. 27 de l'ordonnance de 1669 et par l'arrêt du conseil du 23 décembre 1690; que, si le procès-verbal ne faisait et ne pouvait faire foi sur le fait de la propriété, il établissait, d'une manière certaine, jusqu'à l'inscription de faux, celui de la contravention; que l'allégation faite par les prévenus, que le terrain dont il s'agit, n'était point une propriété du gouvernement, ne suffisait pas pour autoriser le tribunal de première instance et la cour de justice criminelle à renvoyer, pour faire droit sur l'action à raison du délit, jusqu'à ce qu'il eût statué sur la question de propriété; qu'une pareille question ne peut être élevée que par ceux qui ont ou prétendent avoir le droit de l'engager comme propriétaires; que cela résulte évidemment de la disposition même de la loi ci-dessus citée, qui impose à celui qui se prévaut de l'exception, l'obligation de produire ses titres dans un délai déterminé; à défaut de quoi, il doit être passé outre au jugement du délit; que, dans l'espèce, les prévenus n'ont allégué aucun droit personnel de propriété; qu'ainsi, il n'y avait, à leur égard, aucune Question préjudicielle à admettre; et qu'en ne procédant pas de suite au jugement du délit, la cour de justice criminelle du département de l'Eure a fait une fausse application de l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15-29 septembre 1791, et par suite commis une contravention, tant aux dispositions de l'art. 12 du tit. 27 de l'ordonnance de 1669, qu'à celle de l'arrêt du conseil du 23 décembre 1690;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour de justice criminelle du département de l'Eure, le 16 juin dernier.... ».

La seconde question avait été jugée pour l'affirmative, par un arrêt que la cour d'appel de Rome avait rendu le 14 novembre 1812, en faveur des nommés Rosetti et Zamiéni.

Mais cet arrêt a été cassé en ces termes, le 28 janvier 1813, au rapport de M. Bazire :

« Vu les art. 1, 3 et 13 du tit. 19 de l'ordonnance de 1669;

» Attendu qu'aux termes des art. 1 et 3, le pâturage dans les forêts du gouvernement ne peut être exercé que dans celles déclarées défensables par l'administration forestière;

» Attendu qu'aux termes de l'art. 13, l'introduction des brebis dans les forêts du gouvernement, est prohibée en tout temps et d'une manière absolue;

» Attendu que, dans l'espèce, il était constaté 1° que le bois du gouvernement, dans lequel ont été trouvés les bestiaux en question, était un bois de deux ans d'exploitation, et qu'il n'a pas été justifié ni même articulé que ce bois eût été déclaré défensable; 2° que ces bestiaux étaient des brebis; d'où il suit que les prévenus étaient condamnables sous l'un et l'autre rapport;

» Attendu que ces mots vagues et indéterminés, *dans les lieux accoutumés de viterbe*, insérés au titre dont les prévenus se prévalaient, n'ont pu autoriser le sursis prononcé par l'arrêt attaqué, puisque ces mots ne peuvent nullement s'appliquer à des bois dans

lesquels le pâturage est prohibé par la loi, tant qu'ils n'ont pas été déclarés défensables, et dans lesquels d'ailleurs il n'est jamais permis d'introduire des bêtes à laine; d'où il suit que, dans l'espèce, il ne résultait de la défense des prévenus aucune Question préjudicielle dont la solution pût les affranchir des peines déterminées par la loi; et que, dès-lors, l'arrêt attaqué, en ne leur appliquant pas, dès à présent, ces peines, a violé les règles de compétence, et par suite les articles précités de l'ordonnance de 1669;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

La troisième question avait été jugée pour l'affirmative, par un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Mont-Blanc, confirmatif d'un jugement du tribunal correctionnel de Chambéry; mais cet arrêt a été cassé le 26 floréal an 13, « attendu que le droit » d'usage allégué par les défendeurs, ne for- » mait point une Question préjudicielle; que » la seule question à décider était celle de » savoir si, même en supposant le droit de » pâcage, droit qui n'était pas contesté, les » habitans avaient pu en user dans les bois » non déclarés défensables, et sans avoir rem- » pli les formalités prescrites par l'ordon- » nance; que le délit d'infraction des lois » conservatrices des forêts, pouvait exister » cumulativement avec le droit de pâcage ».

Depuis, un arrêt de la cour royale de Nîmes, du 24 janvier 1822, avait encore jugé la question dans le même sens; mais il a été également cassé le 12 avril suivant,

« Vu l'art. 1er, tit. 19 de l'ordonnance de 1669, et l'art. 16, tit. 12, de la loi du 29 septembre 1791, sur l'administration forestière, desquels il résulte que les bergers et habitans des communes ne peuvent mettre leurs bestiaux en pâturage dans les bois de l'État et les bois communaux, qu'aux cantons reconnus et déclarés défensables;

» Vu également l'art. 13, tit. 19, de la susdite ordonnance, qui fait défense à toutes personnes ayant droit de pâcage et de pâturage dans les forêts et bois de l'État et des communes, d'y mener ou envoyer bêtes à laines, chèvres, brebis et moutons, à peine de confiscation des bestiaux et de trois livres d'amende par chaque tête, et porte que les maîtres et propriétaires des bestiaux demeureront responsables des condamnations prononcées contre les bergers;

» Vu le décret du 17 nivôse an 13, et l'avis du conseil d'état du 16 frimaire an 14, qui renouvellent les mêmes prohibitions;

» Vu enfin les art. 408 et 416 du Code d'instruction criminelle, desquels il résulte que la cour doit annuler les arrêts ou jugemens en dernier ressort dans lesquels les règles de compétence des cours et tribunaux ont été violées;

» Et attendu que, des dispositions combinées des lois dont l'exécution est ordonnée par les susdits décrets, il suit que les habitans des communes et les usagers ne peuvent, sans commettre un délit, et sans encourir les peines portées par l'ordonnance, introduire des bestiaux dans les bois des communes, avant qu'ils aient été déclarés défensables, et que toute introduction de bêtes à laine dans des bois défensables ou non défensables, est un délit;

» Attendu, en fait, qu'un procès-verbal non argué de faux, constate que les gardes-forestiers ont trouvé Dumas, berger de Pierre Mongé, faisant paître, à garde faite et bâton planté, cent quarante bêtes à laine dans les bois communaux de Sainte-Anastasie, et dans un quartier que rien n'annonce avoir été déclaré défensable;

» Attendu que le droit de dépaissance que Pierre Mongé prétend avoir à exercer dans les bois dont il s'agit, ne pourrait, en le supposant réel et prouvé, lui donner le droit de faire paître des bestiaux dans un canton non déclaré défensable, ni celui d'introduire des bêtes à laine dans une partie quelconque des bois qui pourraient être assujétis à l'exercice de son droit, et par conséquent ôter au fait de la poursuite le caractère de délit, qui, sous un double rapport, lui est imprimé par les lois;

» Qu'ainsi, la demande d'un renvoi à fins civiles pour faire une preuve non destructive de ce délit, ne pouvait être accueillie; et que la cour royale de Nîmes devait, en statuant au fond sur l'appel qui lui était déféré, juger le mérite des poursuites exercées par l'administration des forêts;

» Que cependant cette cour royale a sursis à prononcer sur cet appel, jusqu'à ce que les tribunaux compétens eussent prononcé sur les prétendus droits de Mongé; en quoi, elle a violé les règles de sa compétence et les dispositions desdits art. 1er et 13 du tit. 19 de l'ordonnance de 1669, et 16 du tit. 12 de la loi du 29 septembre 1791 (1) ».

V. ci-après, n° 9, l'art. 182 du Code forestier du 21 mai 1827.

(1) Bulletin civil de la cour de cassation, tome 26, page 164.

VII. 1° Lorsque, poursuivis comme ayant volé des bois exploités par un particulier et exposés à la foi publique dans la vente, des habitans d'une commune soutiennent qu'ils sont, en leur qualité, usagers de la forêt dans laquelle ces bois ont été coupés, et que la commune dont ils sont membres, est propriétaire d'une portion de cette forêt, résulte-t-il de là une Question véritablement préjudicielle; et les tribunaux saisis de la connaissance du vol, doivent-ils y surseoir, jusqu'à ce qu'il ait été statué civilement sur les droits d'usage et de co-propriétés réclamés par les prévenus?

2° Celui qui, pour passer dans un sentier, a enlevé les brandons que l'autorité publique y avait fait placer pour en interdire le passage, peut-il, sur les poursuites qui sont exercées contre lui, pour cette voie de fait, devant le tribunal de police, demander à prouver qu'il a le droit de passer dans ce sentier à titre de servitude; et cette demande, lorsqu'il la forme, constitue-t-elle une Question préjudicielle dont le jugement doit être renvoyé aux tribunaux civils?

3° Lorsqu'une personne poursuivie, d'après l'art. 456 du Code pénal, pour avoir comblé un fossé ou détruit une clôture, allègue, pour sa défense, qu'elle est propriétaire du fonds sur lequel le fossé ou la clôture a été pratiqué par un tiers, ou qu'elle y a des droits de servitude dont ce fossé, cette clôture empêchaient l'exercice, les juges criminels doivent-ils, dans tous les cas, surseoir jusqu'après le jugement du procès civil sur la question de propriété ou de servitude?

4° Lorsqu'un particulier, poursuivi pour avoir enlevé les fruits d'une pièce de terre dont la plainte énonce et les témoins attestent qu'il avait été précédemment exproprié par suite d'une saisie immobilière, soutient que le fait de sa prétendue expropriation n'est pas vrai, et que, de son côté, le plaignant ne rapporte pas le jugement qui devrait constater ce fait, que doit faire le tribunal correctionnel? Peut-il acquitter le prévenu sans avoir préalablement mis le plaignant en demeure de produire le jugement qui lui a fait l'adjudication de la pièce de terre?

La cour de justice criminelle de Rhin et Moselle avait jugé la première de ces questions pour l'affirmative, le 15 septembre 1808; mais, sur le recours en cassation du ministère public, il est intervenu, le 7 avril 1809, un arrêt ainsi conçu:

« Ouï le rapport de M. Guieu....;

» Vu l'art. 456, §. 6, de la loi du 3 brumaire an 4;

» Attendu que l'exception de propriété, lorsqu'elle est proposée par les prévenus de délits forestiers, ne peut être considérée comme préjudicielle, et autoriser le sursis à statuer sur les poursuites du ministère public ou de l'administration forestière, que dans le seul cas auquel, en admettant le droit de propriété comme réel, toute idée de délit disparaîtrait;

» Que, dans l'espèce, il existerait toujours un délit, lors même que l'on pourrait considérer les prévenus comme usagers ou comme propriétaires d'une portion de bois de Shevenicherald;

» Que, comme usagers, ils n'avaient pu exercer leurs droits, qu'après avoir rempli les formalités préalables auxquelles la loi subordonne l'exercice du droit d'usage, telles que la délivrance des bois, le martelage et balivage, etc.;

» Que, comme propriétaires, ils n'auraient jamais pu enlever de vive force la portion de bois appartenant au sieur de Bassenheim et exploitée à ses frais;

» Que, sous tous les rapports, la voie de fait imputée aux prévenus, est un délit qui peut être puni suivant les dispositions de l'art. 11 de la loi du 25 frimaire an 8, ou suivant celles de l'art. 36 du tit. 2 de la loi du 26 septembre 1791, suivant les circonstances qui, d'après l'instruction, peuvent caractériser cette voie de fait; que, dès-lors, la prétendue question de propriété proposée par les prévenus, ne pouvait être considérée comme préjudicielle, et arrêter les poursuites et le jugement du délit;

» Attendu d'ailleurs qu'un prévenu n'est admissible à élever une question de propriété, qu'autant qu'il s'agit d'un droit qui lui est personnel;

» Que, dans l'espèce, Louis Grœff, Jean Klein et consorts ne pouvaient être considérés comme individuellement propriétaires du droit réclamé; que ce droit, en le supposant réel, appartiendrait à la commune de Sevenich, qui n'a point été mise en cause, qui n'est point intervenue au procès, dont les actions ne peuvent être exercées par des individus sans caractère, et contre laquelle seulement le sieur de Bassenheim pourrait régulièrement poursuivre un jugement contradictoire de la justice civile;

» D'où il suit qu'en supercédant sans motifs au jugement du délit qui leur était dénoncé, le tribunal de police correctionnelle et la cour de justice criminelle du département de Rhin et Moselle ont violé les règles de compétence,

et fait une fausse application de l'art. 12 du tit. 9 de la loi du 15 septembre 1791 ;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt de la cour de justice criminelle du département de Rhin et Moselle du 15 septembre 1808..... ».

La seconde question avait aussi été décidée affirmativement par un jugement du tribunal de police du canton de Winneweiler, du 25 juillet 1812, rendu entre le maire du même lieu et Pierre-Henri Franck. Mais ce jugement a été cassé en ces termes, le 4 septembre suivant, au rapport de M. Audier-Massillon :

« Attendu que le tribunal de police a reconnu qu'il existait une ordonnance rendue par le maire de Winneweiler, qui avait interdit le passage du sentier dont il s'agit; qu'il avait été planté des brandons en signe de cette prohibition, et que Pierre-Henri Franck avait, non-seulement passé sur ce sentier au mépris de la défense, mais qu'il avait enlevé les brandons ;

» Attendu que Franck n'a pas excipé d'un droit de propriété, mais seulement d'un droit de passage qu'il a prétendu avoir acquis par la prescription, ce qui ne lui donnait pas le droit de demander à être renvoyé devant les tribunaux civils pour faire juger la Question préjudicielle ; et que l'ordonnance de police du maire de Winneweiler devait recevoir son exécution jusques à ce qu'elle eût été révoquée par l'autorité compétente ; d'où il suit que le tribunal de police du canton de Winneweiler a violé les règles de compétence, en refusant de statuer sur la demande du maire et en se déclarant incompétent ;

» La cour, vu l'art. 408 du Code d'instruction criminelle, qui autorise la cour de cassation à *annuler les arrêts et jugemens qui ont violé les règles de compétence*, casse et annulle.... ».

La troisième Question a été agitée, et a reçu une décision très-remarquable, dans l'espèce que voici :

En juin 1811, le maire de la commune de Bourg-Linster demande au préfet du département des Forêts l'autorisation de convertir en cimetière un terrain qu'il dit appartenir à cette commune.

Le 11 juillet suivant, le préfet lui transmet des lettres qu'il a reçues de Mathias Bives et d'Evrard Copons, et par lesquelles ils s'opposent à l'établissement projeté : l'un, parcequ'il prétend avoir un droit de passage sur le terrain destiné au cimetière ; l'autre, parcequ'il revendique la propriété du terrain même. « Je vous invite en conséquence (ajoute-t-il) à mettre aussitôt ces pièces sous » les yeux du conseil municipal, pour délibérer sur cet objet et produire les titres et » moyens justificatifs des droits de la commune. La délibération sera, avec les pièces, » communiquée aux opposans, pour produire, de leur côté, les titres et moyens à » l'appui de leurs prétentions : le tout me » sera adressé pour y statuer ».

Au lieu de suivre la marche tracée par le préfet, le maire fait construire le mur.

Evrard Copons fait signifier aux ouvriers, par le ministère d'un notaire, une opposition à la continuation de leurs travaux.

Cependant les travaux se continuent, et le mur est achevé le 4 décembre.

Mais, la nuit suivante, il est entièrement détruit.

Evrard Copons est poursuivi comme auteur de cette voie de fait. Les nommés Berens père, Berens fils et Mootz sont en même temps poursuivis comme ses complices.

L'affaire portée au tribunal correctionnel de Luxembourg, le maire de Bourg-Linster y intervient au nom de la commune, en qualité de partie civile.

Les prévenus soutiennent qu'ils ne sont ni auteurs ni complices de la voie de fait, et ils ajoutent subsidiairement que le terrain sur lequel était élevé le mur, appartient à l'un d'eux ; ce qui forme, disent-ils, une exception préjudicielle dont la connaissance n'appartient qu'aux juges civils.

Le 29 août 1812, jugement qui, sans s'arrêter à cette exception ni aux moyens de défense des prévenus au fond, condamne les prévenus aux peines portées par l'art. 456 du Code pénal, et aux dommages-intérêts envers la commune.

Les prévenus appellent de ce jugement, et Évrard Copons produit une requête dans laquelle il articule que, par la construction du mur dont il s'agit, les habitans de Bourg-Linster ont enclavé dans leur cimetière une partie d'un jardin qui lui appartient, en vertu de l'acquisition qu'il en a faite de la famille Soleuvre.

Le 16 novembre suivant, arrêt de la cour d'appel de Metz, ainsi conçu :

« Considérant qu'il résulte des pièces de la procédure et de l'instruction faite à l'audience de la cour, que Evrard Copons, aussitôt qu'il a eu connaissance du projet de la commune de Bourg-Linster, de construire un cimetière sur le terrain dont il s'agit, et qu'elle était en diligence vis-à-vis du préfet du département pour s'y faire autoriser, s'est empressé de former opposition et de déclarer

ses prétentions sur ledit terrain, soit à titre de propriété, soit à titre de servitude; que le préfet, touché de cette opposition et de celles de quelques autres particuliers, en donna aussitôt connaissance au maire de la commune, en lui prescrivant ce qu'il avait à faire dans cette conjoncture; qu'il n'a pas été satisfait à ce que le préfet avait ordonné; qu'ainsi, la commune n'a point été autorisée; que cependant elle s'est emparée du terrain et y a fait élever un mur de clôture; que, lorsqu'on commença la construction de ce mur, Evrard Copons renouvela son opposition et sa réclamation entre les mains du maire; qu'il lui remit ses titres pour les transmettre à la préfecture; qu'il fit même faire une sommation aux ouvriers de discontinuer l'ouvrage, ce qui n'empêcha point qu'on ne l'achevât; qu'ainsi, déjà la commune, en faisant faire ce mur sans y être autorisée, et sans avoir égard aux oppositions, tant dudit Copons que des autres réclamans, a véritablement commis elle-même la première voie de fait;

» Considérant, d'après cela, qu'en supposant que Copons et ses co-prévenus fussent effectivement les auteurs du renversement de ce mur de clôture, il est évident qu'on ne peut prononcer sur ce fait et l'apprécier avec justice et connaissance de cause, avant qu'il ait été statué sur la question de propriété; qu'en effet cette Question est vraiment préjudicielle, et que la décision qui sera portée à cet égard, peut seule mettre à même de déterminer si les prévenus sont coupables ou non, ou s'ils sont au moins excusables;

» Considérant qu'il ne s'agit point ici de la destruction d'une clôture existante depuis long-temps, ou qui aurait été établie sans réclamation et sur un terrain non contesté, auquel cas il n'y aurait aucun doute sur l'application de l'art. 456 du Code pénal, et que la question de propriété qui serait proposée après coup, ne couvrirait point le délit; mais qu'au cas particulier, il s'agit de la suppression simultanée d'un œuvre nouvel construit, en quelque sorte, avec violence, malgré la personne qui se prétendait dès-lors propriétaire du fonds, au mépris de son opposition formelle et au préjudice d'une contestation déjà élevée; enfin, contrairement à la maxime, *ut lite pendente nihil innovetur*. Il est vrai qu'on a objecté à cet égard que la question de propriété dont il s'agit, est du ressort des tribunaux ordinaires, et qu'en la portant à la préfecture, Evrard Copons a saisi une autorité incompétente; qu'ainsi il a procédé d'une manière irrégulière et nulle : d'où l'on a conclu qu'il ne pouvait point s'en prévaloir pour couvrir ou atténuer le délit qui lui est imputé, et que conséquemment il n'y avait pas lieu à surseoir.

» Mais ce n'est point ici qu'il convient d'examiner ces questions d'incompétence et de validité, ces questions étant, au contraire, absolument étrangères à la cause, et il suffit que, *de fait*, il y ait eu réclamation en temps utile, et au su de la commune. Or, ce fait est constant, et n'a pas même été contesté; que d'ailleurs ce n'est pas Evrard Copons qui a saisi le préfet, mais bien la commune; en sorte qu'il est vrai de dire qu'en recourant aussi à ce magistrat, en lui communiquant ses titres, Copons n'a fait que suivre une marche très-naturelle et convenable à ses intérêts; et qu'outre qu'il prévenait par-là toute décision administrative qui eût pu lui nuire, il pouvait encore arriver qu'à la vue de ses titres, le préfet rejetât, de suite et sans autres formalités, la demande de la commune;

» Qu'enfin, ce recours à l'autorité du préfet, qui est généralement pratiqué lorsqu'on a des intérêts à démêler avec une commune, ne peut préjudicier en rien, qu'il n'en résulte aucune fin de non-recevoir, et que l'on n'en conserve pas moins la faculté de s'adresser ensuite aux tribunaux, lorsque les choses y sont d'ailleurs disposées; et que, dans un pareil cas, le préfet lui-même y renvoie les parties, en autorisant la commune à plaider; qu'il suit de toutes ces considérations, que rien ne s'oppose au sursis demandé par les appelans, et que c'est absolument le cas de le prononcer;

» La cour surseoit à statuer sur l'appel pendant six mois, pendant lequel temps Evrard Copons fera décider et juger par qui de droit la question de propriété par lui élevée, les dépens demeurant réservés ».

Le ministère public se pourvoit en cassation contre cet arrêt.

« S'il ne s'élevait contre l'arrêt qui vous est dénoncé (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 8 janvier 1813) d'autre moyen de cassation que celui dont se prévaut le procureur général de la cour d'appel de Metz, nous n'hésiterions pas à vous proposer de maintenir cet arrêt.

» Le procureur général de la cour d'appel de Metz suppose que, devant cette cour, comme devant le tribunal de première instance, Evrard Copons articulait et offrait de prouver qu'il était propriétaire de *tout le terrain* que le maire de Bourg-Linster avait fait clore d'un mur, pour le convertir

en cimetière; et c'est dans cette supposition qu'il prétend que l'arrêt attaqué viole, par le sursis qu'il prononce, l'art. 456 du Code pénal.

» Il est pourtant bien facile de sentir que cet article serait inapplicable à la destruction du mur dont il est ici question, s'il était bien constant qu'Evrard Copons fût propriétaire de tout le terrain clos par ce mur, et que la construction de ce mur n'eût été, de la part du maire de Bourg-Linster, qu'une pure voie de fait.

» A la vérité, l'art. 456 du Code pénal parle, en termes généraux, du comblement des fossés, de la destruction des clôtures, de la coupe des haies; et il ne dit pas que, pour l'applicabilité de la peine qu'il prononce, il faut que les fossés, les clôtures, les haies, aient existé sur un terrain appartenant à tout autre qu'à celui qui les a comblés, détruits ou coupés.

» Mais cette condition y est nécessairement sous-entendue; et, si on ne l'y sous-entendait pas, il serait d'une absurdité révoltante.

» A qui persuadera-t-on, en effet, que l'art. 456 ait voulu punir un propriétaire qui comble les fossés qu'il a creusés lui-même dans son fonds, qui détruit la clôture qu'il y a lui-même pratiquée, qui coupe ou arrache les haies qu'il y a lui-même plantées?

» Et remarquons bien que, si cet article n'est pas applicable à celui qui détruit, sur son propre fonds, un mur qu'il y a fait élever lui-même, il ne peut pas l'être davantage à celui qui détruit de même sur son propre fonds, un mur qu'un tiers y a fait construire.

» En construisant un mur sur mon fonds, vous en *faites* un accessoire de mon fonds même, vous l'incorporez à ma propriété, vous m'en rendez propriétaire, par la règle *ædificium cedit solo*; vous me conférez donc le droit de l'abattre.

» Vous avez bien une action pour m'obliger à vous payer la valeur des matériaux que vous y avez employés, si mieux je n'aime vous permettre de les enlever à vos frais; et c'est ce qui résulte de l'art. 555 du Code civil. Mais cette action elle-même prouve que les matériaux ne sont plus à votre disposition; que vous avez perdu, en les employant sur mon terrain, le droit de les revendiquer; que par conséquent je ne fais, en les déplaçant, en abattant le mur à la construction duquel ils ont servi, qu'user d'un droit inhérent à ma qualité de propriétaire.

» Et assurément si, en agissant de la sorte, j'use de mon droit; si, en agissant de la sorte, j'exerce un droit légitime, il est impossible que je sois coupable d'aucun délit : *Nemini facit injuriam qui jure suo utitur.*

» Mais, n'en est-il pas autrement, lorsqu'en élevant un mur sur mon fonds, vous avez entendu y faire un acte de propriété; lorsque vous n'avez élevé un mur sur mon fonds, que parceque vous vous prétendiez propriétaire du fonds même?

» En thèse générale, non; car vous n'êtes pas devenu propriétaire de mon fonds, par cela seul que vous y avez une fois agi comme tel; vous ne m'avez pas privé de la propriété de mon fonds, en y élevant un mur comme propriétaire. J'ai donc conservé sur mon fonds, nonobstant le mur que vous y avez construit, tous mes droits de propriété, et par conséquent celui d'abattre ce mur.

» Mais que faudra-t-il décider si, avant d'élever un mur sur mon fonds, vous y avez fait des actes de possession *animo domini?*

» Ici, la question se complique; et une distinction devient nécessaire.

» Avant d'élever le mur, avez-vous possédé mon fonds *animo domini* pendant une heure? Votre condition sera évidemment la même que si la construction du mur était votre premier acte de possession.

» Avant d'élever le mur, aviez-vous possédé mon fonds *animo domini* pendant un jour, pendant un mois, pendant six mois? Ce sera encore la même chose.

» Mais l'aviez-vous possédé pendant une année entière? Dans ce cas, vos droits et les miens seront tout différens.

» La possession annale est, aux yeux de la loi, une présomption juridique de propriété; et la loi veut qu'elle soit maintenue, jusqu'à ce que cette présomption soit détruite par un jugement rendu au pétitoire. De là le droit que l'art. 23 du Code de procédure civile, d'accord avec l'ancienne législation, accorde à *ceux qui, depuis une année au moins, sont en possession paisible, à titre non précaire,* de se pourvoir en complainte contre toute personne qui vient les troubler.

» Si donc, après que vous avez possédé mon fonds *animo domini* pendant une année, je m'avise d'abattre un mur que vous y avez construit, je serai censé abattre un mur qui ne m'appartient pas; et l'art. 456 du Code pénal me sera applicable dans toute son intensité.

» C'est ainsi que, sous l'ordonnance de 1667, celui qui dépossédait, par *violence ou voie de fait,* un possesseur annal, pouvait être poursuivi par action criminelle. L'art. 2 du tit. 18 de cette loi était là-dessus très-positif.

» Mais, remarquons le bien, il était, sous la même ordonnance de maxime constante que l'action criminelle qui s'intentait par réintégrande, pouvait être neutralisée par la preuve de deux faits, par la preuve que le plaignant n'avait pas la possession annale, et par la preuve que c'était, au contraire, le prévenu qui, depuis un an avant la violence ou voie de fait qu'il avait commise pour rentrer dans le fonds litigieux, le possédait paisiblement.

» C'est ce qui résulte de l'art. 3 du titre cité : *Si le défendeur en complainte* (y est-il dit) *dénie la possession du demandeur, ou qu'il articule possession contraire, le juge appointera les parties à informer.* Il est évident, en effet, que, si la violence ou la voie de fait que le défendeur a employée pour rentrer dans le fonds qui est l'objet de la complainte, portait toujours le caractère d'un délit passible de l'action criminelle, le juge ne pourrait pas, avant de statuer sur cette action, admettre le défendeur à prouver qu'avant la violence ou la voie de fait, il était possesseur paisible et légal, et qu'il devrait condamner le défendeur par cela seul que, pour déposséder même un usurpateur d'un jour ou d'un mois, il aurait eu recours à des voies de fait ou à des violences.

» On objecterait inutilement que l'art. 3 du tit. 18 de l'ordonnance de 1667 ne parle que du *défendeur en complainte*, et que sa disposition ne peut être étendue au *défendeur en réintégrande*. Quoique la *complainte*, dans le sens étroit de ce mot, ne désigne, suivant quelques auteurs, que l'action en maintenue dans un héritage que l'on possède, mais dans lequel on est troublé, il est certain que, dans son acception la plus vulgaire, dans l'acception adoptée par l'ordonnance de 1667, elle comprend l'action en ressaisissement d'un héritage que l'on ne possède pas, et dont on a été dépossédé par violence ou voie de fait; et c'est ainsi que Pothier la définit dans son *Traité de la possession*, n° 106 : *On appelle* (dit-il) ACTION EN RÉINTÉGRANDE, l'action de complainte, *lorsqu'elle se donne pour le cas de force et de dessaisine, c'est-à-dire, dans lequel le possesseur n'est pas réellement troublé, mais a été entièrement dépossédé par violence.* Aussi Jousse, dans sa note sur l'article dont il s'agit, ajoute-t-il, après les mots *défendeur en complainte*, ceux-ci : *ou en réintégrande.*

» C'est, au surplus, ce qu'explique très-bien Poullain-du-Parc, dans ses *Principes du Droit français*, tome 10, pages 706 et 707. *Pour pouvoir* (dit-il) *former l'action de complainte ou réintégrande, faut-il avoir possédé par an et jour; ou bien la possession la plus courte, avant le trouble, peut-elle suffire? Il faut distinguer. Si le trouble a été fait par un tiers qui n'avait dans la chose ni droit ni possession, le possesseur n'est point obligé de prouver sa possession annale avant le trouble : il suffit de prouver qu'il possédait et qu'il a été troublé; mais si c'est le propriétaire ou le précédent possesseur qui est rentré dans la possession, le demandeur est obligé de prouver sa possession annale avant le trouble; sans quoi, son action ne peut pas être reçue, puisqu'au moment du trouble dont il se plaint, l'action de réintégrande compétait au précédent possesseur. Cette distinction peut servir pour la décision d'une question que l'art.* 107 *de la coutume* (de Bretagne) *fait naître par ces mots,* icelui n'attente qui use de son droit.... *Si le possesseur annal a été dépouillé de sa possession, il use de son droit en rentrant dans son héritage, pourvu qu'il le fasse dans l'an de la voie de fait; mais s'il a laissé passer l'année, il ne peut plus rentrer, de son autorité, dans l'héritage; et s'il le faisait, celui qui l'en a dépouillé, étant devenu possesseur annal, aurait l'action de réintégrande.*

» Et c'est en suivant le fil de cette doctrine, que le même auteur, dans son *Journal des audiences du parlement de Bretagne*, tome 5, page 500, établit nettement que *les abattis de fossés sont permis ou tolérés...., dans tous les cas où la clôture a le véritable caractère d'attentat au droit de la partie contre laquelle il n'y avait point de* POSSESSION ANNALE *acquise ni avant la clôture ni depuis, jusqu'à ce qu'elle ait été abattue.*

» Et c'est ainsi que la question a été jugée au parlement de Bretagne.... (1).

» Cet arrêt a été rendu, comme vous le voyez, dans une espèce où le demandeur en réintégrande avait pris la voie civile; mais en voici un autre de la même cour, qui juge encore de même dans une espèce où la dépossession par voie de fait était poursuivie criminellement.... (2).

» Et si l'on jugeait ainsi *sous* l'ancienne jurisprudence, où les peines étaient à peu près arbitraires, à combien plus forte raison doit-on aujourd'hui juger de même, aujourd'hui qu'il n'y a de crimes et délits que les actions qualifiées telles par la loi, aujourd'hui que nulle peine ne peut être appliquée même à

(1) *V.* l'article *Voie de fait*, §. 1, art. 2, n° 1.
(2) *V.* l'arrêt du 14 août 1761, rapporté au même article.

une action immorale, répréhensible, ou contraire à l'ordre public, qu'en vertu d'une loi expresse!

» Il fut un temps, nous le savons, et il n'est pas éloigné de nous, où l'on eût dû juger autrement. Le n° 8 de l'art. 605 du Code du 3 brumaire an 4 rangeait au nombre des contraventions de police, *les voies de fait et violences légères*, qui n'allaient pas jusqu'à *frapper des personnes*; mais cette disposition ne se retrouve pas dans le Code pénal de 1810.

» Le Code pénal de 1810 prévoit bien différentes voies de fait et violences légères qu'il caractérise et spécifie; mais il ne punit plus les voies de fait et violences légères en général; et c'est ce qui résulte bien clairement de l'avis du conseil d'État du 4 février 1812, approuvé le 8 du même mois (1). Il n'existe donc plus aucune loi pénale que l'on puisse appliquer à celui qui, par une voie de fait, détruit l'innovation qu'une voie de fait antérieure avait pratiquée, ou sur son terrain, ou, ce qui revient au même, sur un terrain dont il a la possession annale. Cette voie de fait qui, d'ailleurs, sous le Code du 3 brumaire an 4, n'aurait pas pu être pousuivie correctionnellement, ne peut donc plus aujourd'hui donner lieu qu'à une action civile.

» Une comparaison achevera de mettre cette vérité dans tout son jour.

» Un particulier enlève de ma maison, un meuble, un effet, une somme d'argent. Aussitôt, je cours sur lui, je l'atteins, et je lui arrache, par voie de fait, par violence, l'objet qu'il m'a volé. Sans contredit, si, par la voie de fait, par la violence que j'ai exercée sur sa personne, je l'ai blessé ou frappé, je serai passible des peines portées par les art. 308 et 311 du Code pénal; mais pourrai-je, dans ce cas même, être poursuivi comme voleur? Un arrêt de la cour de justice criminelle de Turin, du 30 floréal an 12, avait jugé pour l'affirmative; mais cet arrêt a été cassé le 1er thermidor de la même année, au rapport de M. Liborel (2), *Attendu que, dans le fait dont l'accusé était déclaré coupable, il n'y avait pas le caractère du vol, qui consiste à vouloir dépouiller quelqu'un dans le dessein du crime....; et que le fait qui avait servi de base à la condamnation, se réduisait à des violences.*

» Donc, par la même raison, si, opposant voie de fait à voie de fait, je détruis sur mon terrain une clôture qu'un particulier, non possesseur annal de mon terrain, y a pratiquée, je serai bien passible des peines portées contre la violence que j'ai commise, et qui a été jusqu'à frapper ou blesser quelqu'un; mais je ne le serai nullement de la peine que l'art. 456 du Code pénal ne prononce que contre ceux qui détruisent des clôtures pratiquées sur le terrain d'autrui.

» Et de là il suit que, si, dans notre espèce, Evrard Copons avait articulé et offert de prouver qu'il était possesseur annal, ou, à plus forte raison propriétaire, de la totalité du terrain que le maire de Bourg-Linster avait fait clore d'un mur pour le convertir en cimetière, la cour d'appel de Metz se serait conformée aux vrais principes, en prononçant un sursis à l'action correctionnelle intentée contre Evrard Copons, jusqu'à ce qu'il eût fait juger à qui, de lui ou de la commune de Bourg-Linster, appartient le fonds renfermé dans le mur qu'il a détruit à l'instant même où l'on venait de l'achever.

» Mais il est temps de le dire, l'hypothèse à laquelle nous venons de nous arrêter, n'est point celle de la cause qui nous occupe; et c'est une vérité dont nous nous convaincrons facilement par les pièces de la procédure.

» La lettre du préfet du département des Forêts au maire de Bourg-Linster, du 11 juillet 1811, annonce qu'Evrard Copons ne réclame sur le terrain destiné au cimetière, qu'un *droit de passage*.

» Evrard Copons, dans sa requête d'appel, ne parle plus de droit de passage; mais il expose que, par la construction du mur dont il s'agit, les habitans de Bourg-Linster ont *entrepris d'enclaver une partie d'un jardin qui lui appartient*, en vertu de l'acquisition qu'il en a faite de la famille Soleuvre; et après avoir soutenu, en première ligne, que la destruction de ce mur n'est ni son ouvrage ni celui de ses consorts appelans, il ajoute que, quand même le contraire serait prouvé, *ce serait encore à tort que le tribunal de Luxembourg leur aurait appliqué les dispositions de l'art. 456 du Code pénal, puisque le sieur Copons prétend des droits de propriété* SUR UNE PARTIE *de l'emplacement nouvellement enclavé*.

» Il paraît qu'à l'audience de la cour d'appel de Metz, Evrard Copons a persisté à soutenir qu'une partie du terrain renfermé dans le contour du mur, lui appartenait; mais qu'en même temps, il est revenu à ce qu'il avait écrit originairement au préfet, et qu'il a de nouveau prétendu avoir sur ce terrain un droit de passage. C'est du moins ce que fait entendre la manière dont est conçu le premier motif de l'arrêt attaqué : *Considérant* (y est-il dit) *qu'il résulte des pièces de la procédure et de l'instruction faite à l'au-*

(1) *V.* l'article *Offense à la loi.*

(2) *V.* l'article *Vol*, sect. 1, n° 6.

dience de la cour, qu'Evrard Copons, aussitôt qu'il a eu connaissance du projet de la commune de Bourg-Linster, de construire un cimetière sur le terrain dont il s'agit, et qu'elle était en diligence vis-à-vis du préfet du département, pour s'y faire autoriser, il s'est empressé de former opposition et de déclarer ses prétentions sur ledit terrain, soit à titre de propriété, soit à titre de servitude.

» Il est donc bien clair que, devant la cour d'appel de Metz, Evrard Copons n'a réclamé que la propriété d'une portion du terrain clos par le mur qu'il était prévenu d'avoir fait abattre, et un droit de passage sur le restant.

» Il était d'ailleurs bien impossible qu'il réclamât à la fois et la propriété de tout ce terrain et le droit d'y passer à titre de servitude : en se prétendant propriétaire de tout ce terrain, il aurait nécessairement reconnu que ce terrain ne pouvait lui devoir ni servitude de passage ni autre quelconque : *res sua nemini servit.*

» Cela posé, comment la cour d'appel de Metz a-t-elle pu faire dépendre l'application de l'art. 456 du Code pénal à Evrard Copons et à ses co-prévenus, de la question de savoir si Evrard Copons est ou n'est pas propriétaire d'une portion du terrain enclavé dans le cimetière, et s'il a ou s'il n'a pas un droit de passage dans le restant?

» Comme propriétaire d'une portion de ce terrain, Evrard Copons pouvait, sans se rendre coupable d'aucun délit prévu par la loi, abattre la partie du mur qui était élevée sur cette portion; mais il ne pouvait pas, sans encourir la peine portée par l'art. 456 du Code pénal, contre ceux qui détruisent des clôtures pratiquées sur le terrain d'autrui, abattre la partie du mur qui était élevée sur la portion du terrain appartenant à la commune.

» Comme ayant droit à une servitude de passage sur la portion du terrain appartenant à la commune, Evrard Copons, quand même il aurait pu, sans se rendre coupable d'aucun délit prévu par la loi, pratiquer une ouverture dans la partie du mur qui, dans cette portion, empêchait l'exercice de son droit, ne pouvait certainement pas, sans encourir la peine portée par l'art. 456 du Code pénal, contre ceux qui détruisent des clôtures faites sur le terrain d'autrui, abattre toute la partie de mur qui se trouvait élevée dans cette portion; car il est généralement reconnu qu'encore que la servitude de passage affecte la totalité du terrain qui en est grevée, elle est néanmoins limitée, quant à son exercice, aux parcelles de ce terrain qui sont nécessaires pour y former une voie, un chemin, ou un sentier.

» Evrard Copons ne peut donc se soustraire à l'application de l'art. 456 du Code pénal, ni par la preuve qu'il est propriétaire d'une portion du terrain que la commune de Bourg-Linster a enclavé dans son mur, ni par la preuve qu'il a une servitude de passage sur la portion de ce terrain qui appartient à la commune de Bourg-Linster.

» Et dès-lors qu'a fait la cour d'appel de Metz, en accueillant l'exception préjudicielle d'Evrard Copons?

» Elle a violé les règles de la compétence, puisqu'au lieu de prononcer elle-même immédiatement au fond, comme elle pouvait et devait le faire, elle a suspendu sans raison l'exercice de la juridiction qui lui était propre; et elle a violé l'art. 456 du Code pénal, puisqu'elle a préjugé qu'Evrard Copons n'est point passible des peines portées par cet article, pour avoir abattu le mur dans celle de ses parties que la commune de Bourg-Linster a pu élever et achever légitimement.

» Par ces considérations, nous estimons qu'il y a lieu de casser et annuler l'arrêt qui vous est dénoncé ».

J'étais bien convaincu, en prononçant ces conclusions, et je le suis encore, qu'elles étaient fondées sur les vrais principes. Cependant elles n'ont pas été suivies : par arrêt du 8 janvier 1813, au rapport de M. Buschop,

« Considérant qu'au moment où les poursuites correctionnelles ont été intentées contre Evrard Copons, celui-ci avait déjà fait des réclamations sur la propriété du terrain dont il s'agissait; qu'à aucune époque de la procédure qui a eu lieu d'après ces poursuites, la commune de Bourg-Linster n'a ni offert de prouver ni même allégué sa possession annale dudit terrain; qu'en ordonnant, dans ces circonstances, le sursis du procès correctionnel, jusqu'à ce qu'il serait statué entre les parties sur le droit de propriété conteste entre elles, la cour de Metz n'a contrevenu, ni à l'art. 456 du Code pénal, ni à aucune autre disposition de loi relative à la matière;

» D'après ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».

Voici une espèce dans laquelle la quatrième question s'est présentée :

Le 3 et le 24 septembre 1812, le sieur Barlet expose, par deux plaintes adressées au juge de paix du canton de la Canourgue, qu'encore qu'il soit, par l'effet d'un jugement d'adjudication, propriétaire du champ dit la *Galatrave*, situé dans la commune du Mazet,

Jean-Baptiste et Marie-Anne Boussuge, au mépris des jugement et arrêt qui les ont dépossédés de ce champ, se permettent *tous les ans, et contre son gré*, de récolter et enlever une partie des fruits qui y croissent, tels que pommes de terre, noix, orge, etc.

Sur ces plaintes, information dans laquelle plusieurs témoins déposent qu'il est à leur connaissance que le champ de la Galatrave a été vendu par expropriation forcée sur Jean-Baptiste et Marie-Anne Boussuge; que le sieur Barlet s'en est rendu adjudicataire; que, néanmoins, Jean-Baptiste et Marie-Anne Boussuge ont encore tout récemment enlevé une partie des fruits de ce champ, et qu'ils ont eu à ce sujet diverses rixes avec le sieur Barlet qui voulait les en empêcher.

Le 5 octobre suivant, Jean-Baptiste Boussuge, interrogé par le juge d'instruction du tribunal de première instance de Marvéjols, sur les faits contenus dans les deux plaintes, les avoue, et dit qu'il n'a enlevé les fruits qu'on l'avait accusé d'avoir volés, *que parce qu'il se croit propriétaire de ladite pièce de terre, nonobstant les prétendus titres dont Barlet prétend se prévaloir contre lui.*

Le 26 novembre, jugement du tribunal correctionnel de Marvéjols, qui,

« Attendu qu'il résulte des charges une preuve suffisante que lesdits Boussuge frère et sœur ont volé, les 9, 21 et 23 septembre dernier, des noix, des pommes et autres productions de la terre, dans une pièce appelée la Galatrave, appartenant au sieur Barlet, au mépris d'une adjudication par expropriation forcée qui eut lieu en sa faveur;

» Vu les art. 401 et 463 du Code pénal;

» Condamne lesdits Boussuge, frère et sœur, à deux mois d'emprisonnement et aux frais de la procédure ».

Appel de la part des condamnés au tribunal correctionnel de Mende, juge supérieur de celui de Marvéjols, et le 31 décembre 1812, jugement par lequel,

« Considérant que le jugement dont est appel, est irrégulier en la forme, en ce que Me Lafont, avoué, a fait partie des juges qui l'ont rendu, sans qu'il soit fait mention de l'absence de suppléant;

» Considérant qu'il n'est pas établi par la procédure que le champ dont s'agit, où le prétendu vol aurait été commis, appartienne au nommé Barlet qui s'est plaint du vol;

» Le tribunal annulle le jugement rendu, le 26 novembre dernier, par le tribunal de Marvéjols; et faisant ce que les premiers juges auraient dû faire, relaxe lesdits Boussuge, frère et sœur, de la plainte portée contre eux, sans dépens ».

Le procureur criminel se pourvoit en cassation contre ce jugement.

« Nous n'examinerons pas (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 4 février 1813) si le jugement qui vous est dénoncé, a bien ou mal à propos annulé, pour la forme, celui du tribunal de première instance de Marvéjols. Pour nous fixer sur ce point, peu important d'ailleurs pour ses résultats dans l'espèce actuelle, il faudrait avoir sous les yeux le jugement même que le tribunal d'appel a déclaré nul; et il n'y en a, dans les pièces de la procédure, qu'un simple extrait.

» Mais ce qui mérite, dans cette affaire, toute l'attention de la cour, c'est la manière dont s'y est pris le tribunal d'appel de Mende, pour décharger les frère et sœur Boussuge de la plainte en vol qui avait été portée contre eux et par suite de laquelle le ministère public les avait poursuivis correctionnellement.

» D'une part, il était articulé par le plaignant et attesté par plusieurs témoins, que le champ de la Galatrave avait été vendu par expropriation forcée sur les frère et sœur Boussuge, que le plaignant s'en était rendu adjudicataire, que le jugement qui lui en avait fait l'adjudication, avait été confirmé par un arrêt; que l'arrêt et le jugement avaient été signifiés aux frère et sœur Boussuge.

» Et il est certain que, si ces faits sont constans, les frère et sœur Boussuge auraient dû être condamnés, non pas, à la vérité, comme l'a jugé le tribunal de première instance, aux peines du vol simple, telles qu'elles sont déterminées par l'art. 401 du Code pénal, mais du moins aux peines du maraudage, telles qu'elles sont réglées par les art. 34 et 35 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791.

» Dans cette hypothèse, en effet, les frère et sœur Boussuge auraient enlevé les productions d'une pièce de terre qui avait cessé de leur appartenir; ils les auraient enlevées, sachant que cette pièce de terre ne leur appartenait plus; ils se seraient par conséquent rendus coupables de l'espèce de vol que la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 qualifie de maraudage.

» Mais d'un autre côté, les frère et sœur Boussuge niaient que le plaignant fût devenu propriétaire du champ de la Galatrave; ils soutenaient que ce champ leur appartenait encore, *nonobstant les prétendus titres dont le* sieur Barlet *se prévalait contre eux.*

» Et il est certain que, si cette assertion était exacte, il n'y avait aucun reproche à faire aux frère et sœur Boussuge, à moins que le sieur Barlet n'eût en sa faveur une possession annale.

» Du reste, le ministère public ne rapportait point le jugement d'adjudication qui avait exproprié les frère et sœur Boussuge ; et il ne prouvait point, il n'articulait même pas, que le sieur Barlet fût, depuis plus d'un an, possesseur paisible du champ de la Galatrave.

» Dans cet état de choses, qu'eût dû faire le tribunal d'appel de Mende?

» Il eût dû ordonner, avant faire droit, qu'il serait fait preuve, par l'expédition du prétendu jugement d'adjudication, que les frère et sœur Boussuge avaient cessé d'être propriétaires du champ de la Galatrave; et que, de leur côté, les frère et sœur Boussuge feraient preuve, par acte en bonne forme, qu'ils s'étaient pourvus contre ce jugement, s'il existait, et, ou que, sur leur recours, ce jugement avait été réformé, ou que leur recours était encore indécis.

» D'après cet interlocutoire, il serait arrivé de deux choses l'une : ou le prétendu jugement rendu en faveur du sieur Barlet, aurait été représenté et rien n'eût justifié, soit qu'il eut été réformé, soit que le recours dont l'eussent frappé les frère et sœur Boussuge, fût encore indécis; ou il aurait été reconnu, soit que le jugement n'existait pas, soit qu'il avait été réformé, soit que la justice n'avait pas encore statué sur les voies prises pour en obtenir la réformation.

» S'il avait été reconnu que ce jugement n'existait pas, les frère et sœur Boussuge auraient été renvoyés purement et simplement.

» Ils auraient également dû être renvoyés, si ce jugement étant représenté, ils avaient prouvé qu'ils l'avaient fait réformer, ou que la justice était encore saisie du recours qu'ils avaient exercé à cette fin.

» Car, même dans ce dernier cas, leur expropriation n'aurait pas été définitive ; et, si le jugement était exécutoire par provision, il n'aurait pu résulter qu'une action civile du mépris qu'ils eussent fait de son autorité provisoire.

» Mais si, le jugement étant représenté, les frère et sœur Boussuge n'avaient prouvé, ni qu'ils l'eussent fait réformer, ni que le recours dont ils eussent pu le frapper pour en obtenir la réformation, fût encore pendant, aurait-il suffi aux frère et sœur Boussuge, pour se faire acquitter du maraudage dont ils étaient prévenus, de déclarer qu'ils ne reconnaissaient pas ce jugement, et qu'ils persistaient à se regarder comme propriétaires du champ de la Galatrave?

» Non assurément. Il n'y aurait pas même eu lieu, dans ce cas, au renvoi devant les tribunaux civils pour statuer sur la Question préjudicielle élevée par les frère et sœur Boussuge; et la cour n'a pas oublié que, le 18 juin 1807, au rapport de M. Minier, elle a cassé un arrêt de la cour de justice criminelle du département du Puy-de-Dôme, qui, dans des circonstances semblables, avait sursis à faire droit sur une action correctionnelle, jusqu'à ce qu'il eût été prononcé civilement sur une question de propriété déjà décidée par un jugement en dernier ressort, non attaqué et devenu irrévocable.

» Qu'a donc fait le tribunal d'appel de Mende, en renvoyant les frère et sœur Boussuge, sur leur simple allégation, non contredite par la production d'un jugement passé en force de chose jugée, qu'ils étaient encore propriétaires du champ de la Galatrave?

» Non-seulement il a précipité, contre toutes les formes reçues, une décision que l'état de l'affaire ne permettait pas encore de rendre définitivement; mais il a formellement violé la loi qui, dans le cas où la non propriété des prévenus eût été prouvée, qualifiait de maraudage et lui ordonnait de punir comme tel, l'enlèvement qu'ils avaient fait des fruits du champ de la Galatrave.

» Nous estimons, en conséquence, qu'il y a lieu de casser et annuler le jugement dont il s'agit ».

Par arrêt du 4 février 1813, au rapport de M. Busschop,

« Vu les art. 34 et 35 du tit. 2 de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791 sur la police rurale....;

» Considérant que Jean-Baptiste et Marie-Anne Boussuge, frère et sœur, ont été poursuivis par le ministère public, comme prévenus d'avoir enlevé différens fruits et productions de la terre dans un terrain qui leur avait auparavant appartenu, mais dont le sieur Barlet était devenu propriétaire en vertu d'une adjudication par expropriation forcée faite en sa faveur;

» Que ces expropriation et adjudication ont été respectivement attestées par les témoins produits par la partie publique, et que les prévenus, tout en avouant qu'ils étaient les auteurs de l'enlèvement qui leur était imputé, se sont bornés à nier que le sieur Barlet fût devenu légitime acquéreur du terrain sur lequel avait été commis ledit enlèvement;

» Que, cette dénégation purement verbale des prévenus ne détruisant d'aucune manière les inculpations qui avaient justement déterminé leur poursuite devant la police correctionnelle, le tribunal d'arrondissement de Mende devait, dans ces circonstances et avant de faire droit sur le fond de l'appel des prévenus, ordonner à la partie publique de pro-

duire les jugemens d'expropriation et d'adjudication du terrain dont il s'agissait, et que ce n'était qu'à défaut de cette production, ou par l'exhibition, de la part des prévenus, d'un acte légal qui aurait anéanti ou suspendu l'effet desdits jugemens, que le tribunal de Mende pouvait renvoyer ceux-ci des poursuites intentées à leur charge;

» D'où il suit qu'en prononçant définitivement ce renvoi, dans l'état où s'est présenté le procès, le tribunal de Mende a violé les art. 34 et 35 précités de la loi du 28 septembre-6 octobre 1791;

» D'après ces motifs, la cour casse et annulle.... ».

VIII. Lorsque le prévenu d'une contravention aux contributions indirectes, soutient, devant le tribunal correctionnel, que le droit auquel on l'accuse d'avoir cherché frauduleusement à se soustraire, n'est pas dû, cette prétention forme-t-elle une Question préjudicielle, et y a-t-il lieu à surseoir jusqu'à ce que le tribunal civil y ait statué?

Il y aurait certainement lieu, en pareil cas, au renvoi et au sursis, s'il s'agissait d'un droit d'octroi; et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la cour de cassation, du 15 décembre 1808, qu'on trouvera sous le mot *Octrois*, §. 3, n° 4.

Il en doit donc être de même en matière de contributions indirectes; et effectivement, j'ai rapporté, au mot *Incompétence*, n° 2, un arrêt de la cour de cassation du 23 juillet 1807, qui le juge ainsi formellement.

C'est ce que jugent également deux autres arrêts de la même cour, du 31 juillet 1812.

L'un de ces arrêts est ainsi conçu :

« Ouï le rapport de M. Bailly....;

» Vu l'art. 88 de la loi du 5 ventôse an 12...;

» Considérant qu'il est constaté par le procès-verbal même des employés, en date du 5 février 1811, que le sieur Pazzi, aubergiste à Florence, a prétendu, dès cette époque, que les deux tonneaux de boisson appelée *acquarello*, trouvés dans sa cave, et pour lesquels il n'a représenté ni congé ni quittance de droit de mouvement, n'étaient assujétis, ni au paiement d'un droit quelconque, ni aux exercices des commis de la régie, attendu, a-t-il dit, que c'était de l'eau passée sur des marcs de raisins, et qu'il n'en faisait pas commerce;

» Considérant que cette prétention n'ayant pas empêché les employés de saisir les neuf hectolitres d'*acquarello* ou *demi-vin* en question, sur le fondement que cette boisson avait dû acquitter le droit de mouvement, et qu'elle était sujette tant à leurs exercices qu'au droit de vente en détail, il en est résulté une demande devant le tribunal de police correctionnelle de Florence, demande contre laquelle le prévenu Pazzi a reproduit la prétention déjà par lui mise en avant lors de la saisie; ce qui a constitué de sa part une vraie contestation sur le fond des droits de mouvement et de détail;

» Considérant que la même contestation a été reproduite en la cour de Florence, chambre des appels de police correctionnelle, où Pazzi l'a appuyée, comme devant les premiers juges, sur ce que l'exemption par lui réclamée, etait écrite en toutes lettres dans l'art. 57 de ladite loi du 5 ventôse an 12;

» Considérant que de là naissait nécessairement la question de savoir si cet article, non expressément abrogé, pouvait ou non se concilier, tant avec les lois des 24 avril 1806 et 25 novembre 1808, qu'avec les décrets des 5 mai 1806 et 21 décembre 1808, question sur le fond du droit, de la solution de laquelle dépendait le sort de l'action correctionnelle intentée pour contravention auxdites lois et auxdits décrets de 1806 et 1808;

» Considérant que cette question sur le fond du droit, *étant de nature à pouvoir faire la matière d'un doute raisonnable*, était donc une Question préjudicielle; d'où la conséquence qu'elle devait être renvoyée devant le tribunal civil de l'arrondissement de Florence, pour y être préalablement jugée en premier et dernier ressort, en la forme prescrite par l'art. 88 ci-dessus transcrit de la loi du 5 ventôse an 12; et pour ensuite être statué ainsi qu'il appartiendrait, sur la question secondaire et éventuelle de contravention, par le tribunal correctionnel, à la charge de l'appel;

» Considérant que cette marche était la seule légale, parceque, d'après le même art. 88, les juges correctionnels étaient devenus, par la nature de la défense de Pazzi, incompétens, *ratione materiæ*, pour décider la Question préjudicielle qui portait sur le fond des droits contestés;

» Et attendu que néanmoins, non-seulement le tribunal correctionnel de Florence a tranché et jugé cette question du fond, en prononçant, par son jugement du 6 juin 1811, que ledit art. 57 de la loi du 5 ventôse an 12 devait continuer d'être exécuté et recevoir son application à l'*acquarello* saisi; mais encore ladite cour de Florence, chambre des appels de police correctionnelle, a confirmé ce jugement par son arrêt du 17 août 1811;

» D'où il suit qu'en cause d'appel, comme en première instance, il y a eu violation des règles de compétence établies par la loi, et

contravention formelle à l'art. 88 de la loi du 5 ventôse an 12;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle ledit arrêt.... ».

L'autre arrêt, du même jour, casse, par les mêmes motifs, un arrêt de la cour d'appel de Gênes, rendu dans les mêmes circonstances.

Remarquez cependant, et c'est ce qui résulte de la manière dont ces deux arrêts sont motivés, que, si le fond du droit n'était contesté que par esprit de chicane et n'offrait pas de difficulte proprement dite, les juges correctionnels devraient prononcer immédiatement (et sans renvoyer devant les juges civils), sur la contravention imputée au prévenu. *V.* l'arrêt du 2 avril 1813, rapporté au mot *Vie*, n° 3, et celui du 26 août de la même année, rapporté dans le *Bulletin criminel de la cour de cassation.*

IX. Le jugement qui admet une Question préjudicielle, doit fixer le délai dans lequel le prévenu sera tenu d'intenter son action à fins civiles; et si, ce délai passé, le prévenu ne justifie pas qu'il en a profité pour se pourvoir à fins civiles, le juge correctionnel ou de police doit passer outre.

La loi du 15-29 septembre 1791 fixait elle-même ce délai relativement aux Questions préjudicielles élevées par les prévenus de contravention aux lois forestières. « Si, dans » une instance en réparation de délit (por» tait-elle, tit. 9, art. 12), il s'élève une » question incidente de propriété, la partie » qui en excipera, sera tenue d'appeler le » procureur général syndic du département » de la situation des bois, et de lui fournir » copie de ses pièces dans la huitaine du jour » où elle aura proposé son exception : à dé» faut de quoi il sera provisoirement passé » outre au jugement du délit, la question » de propriété demeurant réservée ».

Mais l'art. 182 du Code forestier du 21 mai 1827 en dispose autrement, en même temps qu'il confirme tous les principes que la jurisprudence de la cour de cassation avait établis par rapport aux cas où il peut y avoir lieu à des Questions préjudicielles en matière forestière. En voici les termes :

« Si, dans une instance en réparation de délit ou contravention, le prévenu excipe d'un droit de propriété ou autre droit réel, le tribunal saisi de la plainte, statuera sur l'incident, en se conformant aux règles suivantes :

» L'exception préjudicielle ne sera admise qu'autant qu'elle sera fondée, soit sur un titre apparent, soit sur un des faits de possession équivalens, personnels au prévenu et par lui articulés avec précision, et si le titre produit ou les faits articulés sont de nature, dans le cas où ils seraient reconnus par l'autorité compétente, à ôter au fait qui sert de base aux poursuites, tout caractère de délit ou de contravention.

» Dans le cas de renvoi à fins civiles, le jugement fixera un bref délai dans lequel la partie qui aura élevé la Question préjudicielle, devra saisir les juges compétens de la connaissance du litige et justifier de ses diligences; sinon, il sera passé outre. Toutefois, en cas de condamnation, il sera sursis à l'exécution du jugement, sous le rapport de l'emprisonnement, s'il était prononcé; et le montant des amendes, restitutions et dommages-intérêts, sera versé à la caisse des dépôts et consignations, pour être remis à qui il sera ordonné par le tribunal qui statuera sur le fond du droit ».

X. Lorsque la Question préjudicielle élevée devant un tribunal de police, *est de la compétence du tribunal de paix*, le juge, qui forme l'un et l'autre tribunal, peut-il statuer par un seul jugement, et sur cette Question, et sur le délit qu'elle tend à détruire?

Le maire de la commune de Chaussin fait citer Jean-Claude Bernardet devant le tribunal de police du canton du même nom, pour avoir barré un sentier que les habitans de cette commune avaient pratiqué sur son terrain.

Bernardet soutient que son terrain n'est assujéti envers la commune à aucun droit de passage.

Le maire se retranche dans la possession annale de la commune.

Le 26 germinal an 11, le juge de paix statuant, comme tel, en vertu de l'art. 10 du tit. 3 de la loi du 24 août 1790, sur le fait de la possession annale articulé par le maire, maintient la commune dans cette possession; et, prononçant ensuite comme tribunal de police, condamne Bernardet, en vertu de l'art. 605 du Code des délits et des peines, du 3 brumaire an 4, à une amende de la valeur de trois journées de travail.

Bernardet se pourvoit en cassation; et par arrêt du 2 thermidor an 11, au rapport de M. Schwendt,

« Vu les première et sixième dispositions de l'art. 456 du Code des délits et des peines;

» Considérant 1° qu'il résulte du jugement et des pièces de la procédure, que le droit de passage sur le terrain du demandeur est par lui contesté; que, dès-lors, la poursuite du délit qui lui est imputé, devait rester suspendue jusqu'à la décision de cette contestation

par les juges civils, à qui elle devait être renvoyée;

2° Que le tribunal de police a confondu et cumulé des pouvoirs essentiellement distincts, en prononçant, par un seul et même jugement, sur une action possessoire, comme justice civile, et sur la poursuite d'un délit, comme justice de police;

» Par ces motifs, le tribunal casse... ».

X. S'il est des cas où l'action civile est préjudicielle à l'action criminelle, il en est aussi beaucoup où l'action criminelle est préjudicielle à l'action civile?

V. l'article *Non bis in idem*, n° 15.

XI. Quelle est, sur le jugement de l'action principale, l'influence du jugement de l'action préjudicielle?

V. l'article *Non bis in idem*, à l'endroit indiqué, au n° précédent.

V. aussi les mots *Adoption*, §. 6; *Bigamie*, *Démence*, §. 2, n° 5; *Parjure*, n° 3, et *Parricide*, n° 3.]]

[[QUESTIONS (*Procédure par jurés*). On a vu, au mot *Jury*, §. 4, n° 17, de quelle manière les art. 337, 338, 339 et 340 du Code d'instruction criminelle prescrivent au président de chaque cour d'assises, de poser, d'après l'acte d'accusation et les débats, les Questions sur lesquelles le jury doit délibérer.

Ces articles ont fait naître plusieurs difficultés.

I. Le président peut-il, dans la position des Questions, s'écarter de la forme tracée par ces articles?

Un arrêt de la cour de cassation, du 27 décembre 1811, rendu au rapport de M. Oudart, et sur mes conclusions, déclare, en rejetant la demande de Jean Barrié en cassation d'un arrêt de la cour d'assises du département de l'Aude, fondée sur une prétendue contravention du président à l'art. 337, dans la manière de poser les Questions résultant de l'acte d'accusation, « qu'aucune disposition » ne défend au président de diviser les Ques» tions et de les spécifier avec plus de clarté ».

Il a été depuis rendu une foule d'arrêts semblables. *V.* le plaidoyer du 6 février 1812, rapporté au mot *Tentative*, n° 6; et celui du 3 septembre de la même année, rapporté au mot *Faux*, sect. 1, §. 34.

Mais aussi la position des Questions et la déclaration des jurés qui s'en serait ensuivie, ne pourraient pas être annulées sous le prétexte qu'en ne divisant pas les Questions, et en les calquant littéralement sur le résumé de l'acte d'accusation, le président aurait implicitement présenté des points de droit à la délibération du jury. Témoin l'arrêt suivant.

Le 20 janvier 1812, le procureur général de la cour d'appel de Bruxelles dresse, en vertu d'un arrêt de cette cour, un acte d'accusation dont le résumé porte que « Colette » Dysserinck est accusée d'avoir volé deux » cuillers d'étain, un panier, etc...., et d'avoir » commis ce vol de nuit, dans une maison » habitée et à l'aide d'escalade ».

Le 18 février 1812, après un débat public, le président de la cour d'assises du département de l'Escaut pose ainsi la Question sur laquelle le jury doit délibérer : « L'accusée » est-elle coupable d'avoir volé deux cuillers » d'étain, un petit panier, etc...., et d'avoir » commis ce vol avec toutes les circonstances » reprises dans le résumé de l'acte d'accusa» tion »?

Le procureur criminel s'oppose à cette manière de présenter la Question, en ce qui concerne la circonstance de l'escalade : et il demande que, d'après les débats, elle le soit en ces termes : « Le vol a-t-il été commis en » entrant dans l'intérieur de la maison de la » veuve Colombies, en passant par-dessus le » mur, et en dépassant le seuil de la fenêtre » à trois pieds de hauteur »?

Mais, par arrêt du même jour, « attendu » que la circonstance de l'escalade est com» prise dans la Question proposée au jury, » sous la dénomination générale de *circons*» *tances reprises dans le résumé de l'acte* » *d'accusation*, la cour délare passer outre, » et maintenir la Question telle que le prési» dent l'a posée ».

En conséquence, le jury, délibérant sur cette Question, déclare que « l'accusée est » coupable d'avoir commis le vol nuitamment » et dans une maison habitée, mais sans ef» fraction ni escalade ».

D'après cette déclaration, nouvel arrêt qui, appliquant à l'accusée l'art. 386 du Code pénal, la condamne à cinq années de réclusion.

Le procureur criminel se pourvoit en cassation contre le premier de ces arrêts, et demande, par suite, l'annullation de la déclaration du jury, ainsi que la cassation du second arrêt.

« Il est résulté des débats (dit-il) que le voleur avait pénétré dans la maison, en passant par-dessus l'appui d'une fenêtre formant clôture extérieure; et comme cet appui n'était élevé au-dessus du sol que de trois pieds, il s'est engagé une discussion pour savoir s'il y avait *escalade*, d'après la définition qu'en donne l'art. 397 du Code pénal.

» L'exposant a soutenu l'affirmative, parceque cet article qualifie *escalade*, toute intro-

duction par une ouverture autre que celle qui sert d'entrée. Il s'agissait donc de décider une Question de droit, celle de savoir si la manière dont le voleur s'était introduit dans la maison, devait être qualifiée d'escalade d'après la loi.

» Voilà pourquoi l'exposant demanda que la Question relative à l'escalade fût posée, non d'une manière générale, mais dans des termes tels que le jury n'eût à répondre que sur le fait d'introduction, afin que la cour d'assises se prononçât ensuite sur la Question de droit, si les faits d'introduction déclarés constans par le jury, formaient l'escalade.

» Le rejet de sa demande à cet égard a donné lieu, dans l'espèce, à une contravention aux règles de compétence, parceque la Question de l'escalade, telle qu'elle a été présentée au jury, est une pure Question de droit, et que ce n'était pas au jury, mais à la cour d'assises seule, qu'il appartenait de la décider ».

» Le procureur criminel du département de l'Escaut (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 26 mars 1812) ne conteste pas le droit qu'a eu la cour d'appel de Bruxelles d'énoncer, dans l'arrêt portant renvoi de Colette Dysserinck à la cour d'assises, que cette femme était prévenue d'un vol avec la circonstance aggravante de *l'escalade*, sans préciser les faits singuliers, les nuances particulières, dont se composait cette circonstance.

» Il ne conteste pas non plus le droit qu'a eu le procureur général de la cour d'appel de Bruxelles, de s'exprimer absolument de même dans le résumé de l'acte d'accusation qu'il a dressé en exécution de cet arrêt.

» Mais, dès-là, comment pourriez-vous accueillir le recours en cassation de ce magistrat?

» Vous ne pouvez certainement pas annuler, dans la manière dont a été posée la Question sur laquelle le jury a été consulté, ce que vous êtes forcé de respecter dans le résumé de l'acte d'accusation. Car, d'après l'art. 337 du Code d'instruction criminelle, c'est au résumé de l'acte d'accusation que doit se rapporter la Question proposée au jury par le président, et elle doit s'y rapporter en termes exprès : *L'accusé est-il coupable d'avoir commis tel meurtre, tel vol ou tel autre crime, avec toutes les circonstances comprises dans le résumé de l'acte d'accusation?* Voilà ce que le président est chargé, par l'art. 337, de demander au jury; et voilà ce qu'il lui a demandé dans notre espèce. La Question relative à la circonstance de l'escalade, a donc été posée comme la loi voulait qu'elle le fût. Vous ne pourriez donc pas casser, l'arrêt qui l'a déclaré valablement posée, sans violer vous-mêmes la loi qui a dicté cet arrêt.

» Que, par cette manière de poser la Question de l'escalade, la cour d'assises ait soumis à la délibération des jurés, non-seulement un point de fait, mais encore un point de droit, nous sommes forcés d'en convenir.

» Mais nous ajoutons qu'il a obéi à la loi, et ce seul mot est décisif.

» Que la loi soit, à cet égard, plus ou moins sage, plus ou moins parfaite, c'est ce qu'il ne nous appartient pas d'examiner.

» Et nous estimons en conséquence qu'il y a lieu de rejeter la demande en cassation du procureur criminel du département de l'Escaut ».

Par arrêt du 26 mars 1812, au rapport de M. Busschop,

« Considérant que la Question relative à la circonstance de l'escalade, a été proposée au jury de la même manière qu'elle avait été présentée dans le résumé de l'acte d'accusation;

» D'où il suit que la cour d'assises s'est parfaitement conformée au vœu de l'art. 337 du Code d'instruction criminelle; que l'arrêt dénoncé est d'ailleurs régulier dans sa forme, et qu'aux faits déclarés constans par le jury, la peine a été légalement appliquée;

» La cour rejette le pourvoi du procureur criminel près la cour d'assises du département de l'Escaut »,

II. Doit-on proposer au jury la Question de savoir si le crime imputé à l'accusé, a été commis en récidive?

V. l'article *Récidive*, n° 6.

III. Doit-on proposer au jury la Question de savoir si l'accusé est coupable de vagabondage?

V. l'arrêt du 8 avril 1812, rapporté au mot *Vagabond*.

IV. Lorsque le ministère public ou l'accusé réclame contre la position des *Questions*, le président peut-il rejeter la réclamation, de sa seule autorité et sans consulter les autres juges?

Le 11 septembre 1812, Joseph Popon est mis en jugement devant la cour d'assises du département du Léman, sur un acte d'accusation dressé contre lui par le procureur général de la cour d'appel de Lyon.

Le lendemain, après la clôture des débats, le président pose ainsi les Questions à résoudre par le jury :

« Est-il constant qu'à Thonon, le 16 juin 1812, environ une heure du matin, la dame

Louise Favre, veuve Bétems, ait été enlevée, arrêtée, détenue et séquestrée jusqu'à quatre heures de l'après-midi de la même journée?

» Joseph Popon est-il auteur de ces enlèvement, arrestation, détention et séquestration?

» S'il n'en est pas l'auteur, y a-t-il coopéré en aidant ou assistant avec connaissance, l'auteur ou les auteurs des susdits enlèvement, arrestation, détention et séquestration, dans les faits qui les ont préparés ou facilités, ou dans ceux qui les ont consommés?

» S'il est l'auteur ou le complice des susdits enlèvement, arrestation, détention et séquestration, a-t-il, avant d'être poursuivi de fait, rendu la liberté à Louise Favre, avant le dixième jour accompli depuis celui de l'arrestation, détention et séquestration »?

Sur la position de ces Questions, l'accusé élève une réclamation que le procès-verbal des débats retrace en ces termes:

« Après la lecture des Questions, le conseil de l'accusé a demandé qu'il en fut posé une autre de la manière suivante: *Le fait dont Joseph Popon est accusé, est-il arrestation, détention et séquestration? Ou seulement madame Bétems a-t-elle été enlevée, détournée ou déplacée?*

» M. Le Président a observé que ces Questions se trouvaient comprises dans celles posées par lui, lesquelles il a remises aux jurés dans la personne de leur chef ».

Le jury délibère sur ces Questions et répond à la première, *oui*; à la seconde, *non*; à la troisième, *oui*; à la quatrième, *non*.

En conséquence, arrêt qui, appliquant à Joseph Popon, les art. 59 et 341 du Code pénal, le condamne aux travaux forcés pendant cinq ans.

Joseph Popon se pourvoit en cassation contre cet arrêt, et soutient que, du rejet prononcé par le président seul, de sa demande tendante à la position de la Question retracée dans le procès-verbal des débats, il résulte à la fois un excès de pouvoir et acte d'incompétence de la part de ce magistrat, et une omission de statuer de la part de la cour d'assises.

« Ce moyen (ai-je dit à l'audience de la section criminelle, le 5 novembre 1812) serait digne de la plus grande considération, si la Question dont le réclamant a demandé la position, n'était pas évidemment comprise, en d'autres termes, dans l'une de celles que le président avait posées, et si, par le refus de poser cette Question, le président avait nui ou pu nuire au réclamant?

» A ce cas, en effet, s'appliquerait un arrêt que vous avez rendu le 28 mai dernier, au rapport de M. Benvenutti.

» Dans le fait, les nommés Gayraud, Cambiès, Blazi et Calas avaient été poursuivis par le juge d'instruction du tribunal de première instance de Castres, les deux premiers, pour avoir porté faux témoignages *moyennant dons et promesses*, dans une affaire correctionnelle; les deux autres, pour les avoir, par dons et promesses, provoqués à déposer faussement; et ce tribunal, sur le rapport qui lui avait été fait de la procédure, avait déclaré qu'il existait des indices suffisans contre Gayraud et Cambiès, du crime de faux témoignage; qu'il existait, contre Blazy et Calas, des indices suffisans du crime de subornation de témoins; mais qu'il n'en existait pas d'*assez graves et d'assez concordans*, soit contre les uns, soit contre les autres, de la circonstance de dons et promesses.

» Par arrêt du 5 mars dernier, la cour d'appel de Toulouse les met tous en accusation, non comme prévenus de faux témoignage moyennant dons et promesses, non comme prévenus de subornation de témoins par dons et promesses, mais comme prévenus de faux témoignage et de subornation de témoins purement et simplement.

» Le procès porté devant la cour d'assises du département du Tarn, le président propose au jury, relativement à Gayraud et Cambiès, la Question de savoir s'ils sont convaincus d'avoir, moyennant dons et promesses, déposé faussement dans une affaire correctionnelle; et, relativement à Blazy et Calas, la Question de savoir s'ils sont convaincus d'avoir, par dons et promesses, suborné Gayraud et Cambiès.

» Les accusés réclament contre cette manière de poser les Questions, et demandent que la circonstance de dons et de promesses en soit retranchée.

» Le président passe outre, sans consulter la cour d'assises.

» Le jury délibère donc sur les Questions, telles que le président les a posées, et les décide toutes affirmativement.

» En conséquence, arrêt qui, appliquant à Gayraud et Cambiès l'art. 364 du Code pénal, les condamne aux travaux forcés pendant cinq ans; et appliquant à Blazy et Calas l'art. 364 du même Code, les condamne aux travaux forcés à perpétuité.

» Les quatre condamnés se pourvoient en cassation; et par l'arrêt cité,

» *Vu l'art. 408 du Code d'instruction criminelle*;

» *Attendu que, si la loi confère au président seul le droit de poser les Questions sur lesquelles les jurés doivent délibérer, elle ne lui attribue point le droit de prononcer, sans le concours de la cour d'assises, sur les réclamations qui peuvent être faites par l'accusé ou par le ministère public, sur la position desdites Questions; que ces réclamations constituent une matière contentieuse sur laquelle il ne peut être statué que par un jugement; que ce jugement doit être essentiellement un acte délibéré par la cour d'assises; que la contestation qui doit en être l'objet, est étrangère à la police de l'audience et à l'exercice du pouvoir discrétionnaire qui est accordé au président; qu'elle ne rentre donc pas dans l'application des art.* 268 *et* 270 *du Code d'instruction criminelle; que, dans l'espèce, il s'était engagé un débat entre le ministère public et les accusés, sur la position des Questions telles qu'elles étaient demandées par le ministère public; que les réclamations des accusés contre les réquisitions du ministère public, établissant un conflit contentieux qui sortait des circonstances qui sont l'objet des art.* 337, 338 *et* 339 *du Code d'instruction criminelle, et qui supposent, dans le droit que ces articles confèrent au président, qu'il n'y a ni contestation ni réclamation sur la manière de poser les Questions; que néanmoins il n'a point été statué par la cour d'assises sur ce débat formé entre le ministère public et les accusés; qu'il y a été prononcé par le président seulement; qu'il s'ensuit qu'il y a eu, de la part du président, violation des règles de compétence établies par la loi, et de la part de la cour d'assises, omission de prononcer sur une demande des accusés tendant à un moyen de défense qui constituait un objet contentieux;*

» *La cour casse et annulle l'acte par lequel le président de la cour d'assises du département du Tarn a statué seul, et sans le concours de la cour d'assises, sur la réclamation formée par les accusés contre la position des Questions; casse, par suite, la déclaration du jury et l'arrêt rendu par la cour d'assises du département du Tarn, le* 16 *avril* 1812.... ».

» Dans cette espèce, le président avait pris sur lui de rejeter seul une réclamation qui avait, pour les accusés, un objet de la plus haute importance; car, d'un côté, s'il n'y avait pas eu dons et promesses, les deux faux témoins n'auraient pas dû être punis de travaux forcés à temps; ils n'auraient pu l'être, d'après l'art. 362, que de la réclusion; et, d'un autre côté, dans la même hypothèse, les deux suborneurs n'auraient été passibles d'aucune peine. Les accusés avaient donc le plus grand intérêt qu'il ne fût point posé de Questions relatives à la circonstance de dons et promesses. Il fallait donc que la cour d'assises décidât, d'après leurs réclamations, si ces Questions devaient être posées. Le président avait donc nui essentiellement aux accusés, en statuant seul sur leurs réclamations.

» Mais comment auriez-vous prononcé, si la réclamation des accusés n'eût pas porté sur le fond, mais seulement sur la forme des Questions posées par le président; si elle n'eût eu pour objet, ni d'empêcher la position d'une Question dont la solution pouvait leur nuire, ni d'obtenir la position d'une Question dont la solution pouvait leur être favorable?

» Ce cas s'est présenté depuis, au rapport de M. Bauchau.

» Le 9 juin dernier, le procureur général de la cour d'appel de Nîmes dresse, contre François Dufés, renvoyé par un arrêt de mise en accusation, devant la cour d'assises du département du Gard, un acte d'accusation dont le résumé est ainsi conçu : *En conséquence, François Dufés est accusé d'avoir commis volontairement et avec préméditation un homicide sur la personne de Susanne Izard, son épouse.*

» Le 6 juillet suivant, le président de la cour d'assises du département du Gard pose en ces termes les Questions sur lesquelles le jury doit délibérer : 1° *François Dufés est-il coupable d'avoir donné à sa femme des coups violens qui lui ont procuré la mort?* 2° *François Dufés est-il coupable d'avoir donné un coup volontairement à sa femme?* 3° *François Dufés est-il coupable d'avoir donné un coup à sa femme avec préméditation?*

» L'accusé s'élève contre cette manière de poser la Question, et conclud à ce que, conformément à l'art. 337 du Code d'instruction criminelle, le président se borne à demander au jury si l'accusé est coupable d'avoir commis un homicide dans la personne de sa femme, avec les circonstances mentionnées dans l'acte d'accusation.

» Le président ne fait aucun cas de cette réclamation, et remet les Questions, telles qu'il les a posées, au jury qui les décide contre François Dufés.

» François Dufés se pourvoit en cassation, et soutient, comme le fait ici Joseph Popon, que sa réclamation n'a pu être jugée que par la cour d'assises; que le président a transgressé, en la rejetant de sa seule autorité, les limites de sa compétence; et que la cour d'assises, en omettant de la juger, a commis le déni de justice qui, aux termes de l'art. 408 du Code

d'instruction criminelle, forme une ouverture de cassation.

» Mais, par arrêt du 27 août, *attendu que le vœu de l'art. 332 a été suffisamment rempli, et que, de plus, la réclamation de l'accusé était sans objet, la cour rejette le pourvoi.*

» Quelle différence y a-t-il entre cette espèce et la nôtre? Aucune.

» Le président de la cour d'assises du département du Léman avait posé la Question de savoir s'il était constant que la dame Bétems avait été enlevée, arrêtée, détenue et séquestrée, le 16 juin 1812, environ une heure du matin, jusqu'à quatre heures après midi de la même journée.

» Et Joseph Popon demandait qu'à cette Question le président substituât celle-ci : *Le fait dont Joseph Popon est accusé, est-il arrestation, détention et séquestration? Ou seulement la dame Bétems a-t-elle été enlevée, détournée ou déplacée?*

» Assurément cette Question rentrait, à la rédaction près, dans celle qu'avait posée le président. De quoi Joseph Popon était-il accusé? D'avoir enlevé, arrêté, détenu et séquestré la dame Bétems. Donc, en demandant au jury si la dame Bétems avait été enlevée, arrêtée, détenue et séquestrée, le président lui demandait bien si le fait dont Joseph Popon était accusé, était *arrestation, détention* et *séquestration*. Donc la réquisition du réclamant ne portait pas sur le fond, mais seulement sur la forme de la Question posée par le président, sur la manière de la rédiger. Donc, en refusant seul de changer la rédaction de la Question qu'il avait posée, le président n'a point empiré la condition du réclamant.

» Et qu'on ne dise pas que la condition du réclamant serait devenue plus favorable dans le cas où le président eût posé la Question de savoir si la dame Bétems avait *seulement été enlevée, détournée ou déplacée*.

» Car point de milieu : ou *enlever, détourner* et *déplacer* une personne, c'est la même chose que *l'enlever, l'arrêter, la détenir et la séquestrer;* ou ce sont deux choses différentes.

» Au premier cas, qu'aurait gagné le réclamant à ce que le jury le déclarât seulement coupable d'avoir *enlevé, détourné ou déplacé* la dame Bétems? Rien, évidemment rien.

» Au second cas, le jury n'aurait pas pu déclarer que la dame Bétems n'avait été qu'*enlevée, détournée ou déplacée*, sans déclarer préalablement qu'elle avait été *arrêtée, détenue et séquestrée*, puisque le réclamant lui-même demandait qu'avant la Question de savoir si la dame Bétems avait été *seulement enlevée, détournée ou déplacée*, on posât celle de savoir s'il y avait eu *arrestation, détention et séquestration*. Il fallait donc que, même dans le second cas, le jury s'expliquât sur le fait d'arrestation, de détention, de séquestration, tel que le président l'avait posé. La Question de savoir s'il y avait eu arrestation, détention et séquestration, renfermait donc implicitement celle de savoir s'il n'y avait eu qu'un simple enlèvement, un simple *détournement*, un simple déplacement; comme, dans un procès sur une accusation de meurtre, la Question de savoir s'il a été porté des coups qui ont donné la mort, renferme implicitement celle de savoir si les coups qui ont été portés, étaient ou n'étaient pas meurtriers; comme, dans un procès sur une accusation d'injures proférées contre un fonctionnaire public, la Question de savoir si le fonctionnaire public a été injurié dans l'exercice de ses fonctions, renferme implicitement celle de savoir si, en injuriant le fonctionnaire public, l'accusé a injurié qu'un simple particulier.

» Encore une fois, il est évident que le président n'a point nui à Joseph Popon, par son refus de changer la rédaction de la première des Questions soumises au jury; et dès-là, comment trouver dans ce refus une ouverture de cassation?

» La manière de rédiger les Questions est tout entière dans le domaine du président. La cour d'assises ne doit ni ne peut s'en occuper. Elle n'a, relativement aux Questions, d'autre pouvoir que celui qui est inhérent à sa qualité de tribunal de prononcer, et sur les débats qui intéressent le fond et les formes essentielles du procès, et sur les demandes, soit de l'accusé, soit du ministère public, qui tendent à l'observation d'une formalité prescrite par la loi, sous peine de nullité. Le président ne peut la consulter que sur ces débats, sur ces demandes; et il manquerait à son devoir, il méconnaîtrait sa propre compétence, s'il la consultait sur tout autre objet.

» Et inutilement vient-on vous dire qu'il n'appartient pas à la cour de cassation de décider si une rédaction de Questions proposées par l'accusé, rentre ou ne rentre pas parfaitement dans la rédaction arrêtée par le président; inutilement prétend-on conclure de là que, toutes les fois que le président et l'accusé ne sont pas d'accord sur la rédaction littérale des Questions, c'est par la cour d'assises seule qu'il doit être prononcé sur ce dissentiment.

» La cour de cassation est essentiellement juge des formes qui ont dû être observées dans un procès criminel; c'est même là une de ses principales attributions. Or, si, dans

un procès criminel, il y a quelque chose qui tient à la forme, c'est assurément la manière de rédiger les Questions, surtout lorsque, sur le fond des Questions, le président et l'accusé sont d'accord.

» Et ne voyez-vous pas, messieurs, où nous conduirait le système que l'on vous plaide ici pour le réclamant?

» Qu'un accusé propose aux Questions rédigées par le président, un changement qui consiste uniquement à en faire disparaître une faute de langue, et que le président persiste dans sa rédaction sans consulter la cour d'assises, casseriez-vous l'arrêt qui sera ensuite intervenu contre l'accusé?

» On ne vous fera pas, sans doute, l'outrage de le supposer. Voilà cependant jusqu'où il faudrait aller dans le système de Joseph Popon; car si, en ce moment vous vous déterminez à casser l'arrêt attaqué par Joseph Popon, par le motif que fait valoir celui-ci, demain vous serez forcés d'en casser un second, parceque le président n'aura pas déféré à la réquisition que lui aura faite l'accusé d'un assassinat, de substituer à la Question de savoir s'il y a eu *préméditation*, celle de savoir s'il y a eu *dessein prémédité*; après-demain, vous serez forcés d'en casser un troisième, parceque le président n'aura pas déféré à la réquisition que lui aura faite l'accusé d'un crime quelconque, de substituer, dans l'une des Questions, un mot français à un mot qui ne l'est pas, une construction régulière à une coustruction qui blesse les règles de la syntaxe; et c'est assez dire que vous ne pouvez pas adopter, que vous n'adopterez pas, des idées qui tendraient à convertir ce temple auguste de la loi, en un théâtre de vaines et ridicules arguties ».

Par arrêt du 5 novembre 1812, au rapport de M. Busschop,

« Considérant.... que la réclamation de l'accusé sur la manière de poser les Questions, ne peut nécessiter une décision de la cour d'assises, qu'autant qu'il en pourrait résulter, soit sa disculpation, soit une modification de peine; mais que, dans l'espèce, la réclamation de l'accusé sur la position de la Question, n'était point de nature à rien pouvoir changer au résultat de la réponse du jury, sur la Question qui avait été posée par le président; qu'ainsi, il n'y avait pas lieu à statuer sur sadite réclamation....;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

V. Le président peut-il, sur une accusation de meurtre, proposer au jury la Question subsidiaire de savoir si l'accusé a commis par imprudence l'homicide dont il s'agit?

V. le plaidoyer et l'arrêt du 29 octobre 1812, rapportés aux mots *Non bis in idem*, n° 5 *bis*.

VI. Le président peut-il, doit-il même poser une Question sur les circonstances aggravantes résultant des débats, qui ne sont pas mentionnées dans l'acte d'accusation, lorsque le silence de l'acte d'accusation, sur ces circonstances, vient de ce que l'arrêt de mise en accusation a refusé de les comprendre au nombre des faits pour raison desquels il a déclaré qu'il y avait lieu à accusation contre le prévenu?

Un arrêt de la cour d'appel de Gênes avait mis en accusation, et renvoyé devant la cour spéciale extraordinaire de Parme, faisant fonctions de cour d'assises, le nommé Jean Carini, « prévenu (y était-il dit) de vol d'une grille » de fer servant à fermer le soupirail d'une » cave, avec les circonstances que ce vol a » été commis la nuit, et dans une maison » habitée ».

Le même arrêt avait rejeté la partie des réquisitions du procureur général, qui tendait à ce qu'au nombre des circonstances du vol, la cour d'appel plaçât expressément l'effraction; et il l'avait rejetée, « attendu » que le prévenu n'avait manifesté que l'in» tention de voler la grille de fer, et non » celle de s'introduire dans la maison ».

En conséquence, le procureur général avait, dans l'acte d'accusation, gardé le silence sur la circonstance de l'effraction.

L'affaire portée devant la cour spéciale extraordinaire, le procureur criminel a requis le président de mettre en délibération, et la cour de décider la Question de savoir s'il y avait eu effraction dans le vol; et il s'est fondé sur les dépositions des témoins qui avaient spécialement roulé sur cette circonstance.

Mais, par arrêt du 26 septembre 1812, la cour spéciale extraordinaire a rejeté cette réquisition, « attendu que la circonstance de » l'effraction n'étant pas comprise dans l'ar» rêt de mise en accusation, et le procureur » général ne s'étant pas pourvu contre cet » arrêt dans le temps de droit, toute déclara» tion à cet égard était désormais inter» dite ».

Recours en cassation contre cet arrêt; et, le 10 décembre suivant, au rapport de M. Audier-Massillon,

« Vu les art. 278, 338 et 416 du Code d'instruction criminelle;

» Attendu que les arrêts des chambres d'accusation n'ont d'autre effet que de statuer

sur la mise en accusation des individus qui leur sont renvoyés, et de régler, ou pour mieux dire, d'indiquer la compétence des tribunaux qui doivent juger au fond; que ces arrêts ne jugent rien définitivement, et qu'ils ne lient nullement les tribunaux ou les cours auxquels le renvoi est fait, lesquels sont investis du droit de prononcer définitivement, tant sur la compétence, que sur le fond et sur toutes les circonstances des crimes et des délits qui leur sont renvoyés, soit qu'elles soient exprimées dans l'acte d'accusation, soit qu'elles résultent des débats;

» Que le procureur criminel du département du Taro avait requis la cour spéciale extraordinaire de Parme, à laquelle le procès de Jean Carini avait été renvoyé, de statuer en même temps sur une circonstance aggravante qui lui paraissait résulter de l'instruction et des débats; et que ladite cour a rejeté cette réquisition, par fin de non-recevoir, et a refusé de prononcer sur cette circonstance, sous le prétexte qu'elle n'était pas comprise dans l'arrêt de mise en accusation, et que le procureur général ne s'était pas pourvu contre cet arrêt dans le délai de la loi, ce qui rendait inadmissible toute recherche à raison de cette circonstance;

» Que ladite cour, en méconnaissant le droit que la loi lui a donné de prononcer définitivement sur toutes les circonstances des procès qui sont de sa compétence, en attribuant aux arrêts des cours d'appel, chambre de mise en accusation, un effet et une autorité que la loi ne leur a pas donnés, et en écartant la réquisition du procureur criminel par une fin de non-recevoir non autorisée par aucune loi, a violé les règles de la compétence et les lois qui ont déterminé les limites des autorités qui doivent concourir à l'instruction et au jugement des procès-criminels;

» Par ces motifs, la cour casse et annulle l'arrêt rendu par la cour spéciale extraordinaire de Parme, le 26 septembre dernier, dans l'affaire contre Jean Carini..... ».

VII. La Question de savoir si l'accusé est excusable peut-elle encore être proposée au jury, après la lecture publique de la déclaration du jury sur la culpabilité de l'accusé?

V. le réquisitoire et l'arrêt du 12 mars 1813, rapportés aux mots *Révision des procès*, §. 3, art. 2, n° 8.

VIII. Peut-on, sur une accusation de *vol d'argent*, poser la Question de savoir si l'accusé est coupable de *vol d'argent ou de marchandises?*

Le 22 mai 1812, arrêt de la cour d'appel de Toulouse, qui accuse François Lafont et quelques autres particuliers « d'avoir effectué » un vol d'une somme d'argent, au préjudice » de Jean-Baptiste Laforgue-Vidan, et à » l'aide de violences, la nuit, par plusieurs » individus porteurs d'armes apparentes ».

Les accusés sont, en conséquence, mis en jugement devant la cour d'assises du département de l'Arriège. Et d'après les débats, le président pose deux Questions: l'une, si les accusés sont coupables d'avoir volé de l'argent à Jean-Baptiste Laforgue-Vidan, avec les circonstances mentionnées dans l'acte d'accusation; l'autre, s'ils sont coupables de lui avoir volé des marchandises avec les mêmes circonstances.

Le jury répond *non* à la première Question, et *oui* à la seconde, mais en ajoutant que le vol a été commis sans violence.

D'après cette déclaration, arrêt du 15 juillet 1812, qui condamne les accusés à la peine des travaux forcés pendant cinq ans.

Les accusés se pourvoient en cassation, et soutiennent que, par la position de la Question relative au vol de marchandises, qui n'était point porté dans l'acte d'accusation, la loi a été violée.

Mais, par arrêt du 4 septembre suivant, au rapport de M. Bauchau,

« Attendu que, dans l'espèce, le fait principal dont les condamnés ont été accusés, était un vol commis tel jour, envers telle personne; que la qualité de l'objet volé n'était pas une circonstance du fait principal; que conséquemment il n'y a pas eu lieu d'appliquer l'art. 361 du Code d'instruction criminelle;

» La cour rejette le pourvoi..... ».

IX. Peut-on, sur une accusation de vol commis à l'aide de violences, et suivi de blessures faites à la personne volée, poser la Question de savoir s'il a été fait des blessures et porté des coups de guet-à-pens?

Le 17 décembre 1812, arrêt de la cour d'appel de Paris, qui accuse Jean-Marie Canonne et Jean Brigaud « d'avoir, la nuit du 26 » au 27 octobre dernier, soustrait frauduleu» sement de l'argent et des effets à la veuve » Valois, et ce, la nuit, de complicité, à » l'aide de violences qui ont laissé des traces » de blessures et des contusions; crime prévu » par l'art. 382 du Code pénal ».

Le procès porté à la cour d'assises du département de la Seine et les débats terminés, le président pose d'abord littéralement la Question de vol avec violence suivi de blessures

et de contusions, telle qu'elle résulte de l'acte d'accusation. Ensuite, il y ajoute celle-ci : « Jean-Marie Canonne a-t-il fait des blessu- » res et porté des coups à la veuve Valois ? » A-t-il commis ce crime avec guet-à-pens ? » A-t-il résulté de ces blessures, pour ladite » Valois, incapacité de travail personnel et » maladie pendant plus de 20 jours » ?

La première Question est résolue négativement par le jury; la seconde l'est à l'affirmative.

En conséquence, arrêt du 19 janvier 1813, qui, appliquant les art. 309 et 310 du Code pénal, condamne Canonne à la peine des travaux forcés pendant quinze ans.

Canonne se pourvoit en cassation, et soutient que la cour d'assises a violé les art. 337, 338 et 361 du Code d'instruction criminelle.

Le 12 février suivant, arrêt, au rapport de M. Rataud, par lequel,

« Attendu que les faits sur lesquels les jurés ont été interrogés d'après les débats, se rattachaient au temps et au lieu du fait principal de l'accusation; qu'ils en étaient donc des circonstances accidentelles; que l'art. 337 du Code d'instruction criminelle, qui n'est point prescrit à peine de nullité, n'est point limitatif dans ses dispositions; que, d'après l'art. 361, il n'y a lieu à nouvelle instruction sur le fait nouveau dont l'accusé peut être inculpé dans les débats, que lorsque ce fait ne se lie à celui de l'accusation, ni par le temps, ni par le lieu, ni par la personne; que, dans l'espèce, les Questions qui ont été posées, et sur lesquelles la condamnation a été prononcée, ne présentent donc la violation d'aucun article de loi, d'où puisse résulter une ouverture de cassation;

» La cour rejette le pourvoi.... ».

X. 1° Lorsque l'acte d'accusation porte sur un crime consommé, la cour d'assises peut-elle, doit-elle, d'après les débats, proposer au jury la Question de savoir si l'accusé est coupable d'une tentative de ce crime?

2° Peut-on, sur une accusation de vol, poser la Question de savoir si l'accusé est coupable d'avoir recélé sciemment les objets volés?

V. l'article *Tentative*, n° 8.]]

QUÊTE. C'est une cueillette qu'on fait pour les pauvres ou pour des œuvres pies.

[[Peut-on poursuivre, comme coupable du délit de mendicité, ceux qui font des quêtes dans une commune pour le curé ou desservant de la paroisse?

Le sieur Lamothe, maire de la commune d'Allery, fait citer, devant le tribunal de police du canton de Verdun-sur-le-Doubs, les nommés François Bonnefond et Jacques Guepey, prévenus de s'être présentés, au nom du desservant de la paroisse, chez tous les habitans de cette commune, pour demander à chacun d'eux, à titre de don volontaire, une certaine quantité de blé.

Par jugement du 25 août 1808, le tribunal de police, « considérant qu'il est d'usage de » faire ces sortes de Quêtes pour le desser- » vant de la succursale; et qu'au surplus, si » ce fait constitue un délit, la connaissance » n'en appartient qu'à l'autorité administra- » tive », se déclare incompétent, et renvoie les défendeurs de la demande formée contre eux.

Le maire d'Allery se pourvoit en cassation, et soutient que le tribunal de police a violé les lois qui proscrivent la mendicité.

Mais, par arrêt du 10 novembre 1808, au rapport de M. Delacoste,

« Attendu, qu'en déclarant qu'une Quête faite au nom de prêtres desservans, dans l'arrondissement où ils exercent leurs fonctions, ne caractérise pas un délit de mendicité qui soit de la compétence des tribunaux de police; et qu'en renvoyant la plainte dudit sieur Lamothe, en sa qualité, devant l'autorité administrative, comme portant sur des faits qui rentraient dans les attributions du pouvoir administratif et de la haute police, le tribunal de police du canton de Verdun-sur-le-Doubs s'est conformé à la loi;

» D'après ces motifs, la cour rejette le pourvoi..... ».]]

QUI. Pronom relatif qui sert à rappeler l'idée des personnes ou des choses dont on a déjà parlé; ce qu'il fait, tantôt par forme d'explication, tantôt par forme de restriction.

Il résulte de cette définition, que le pronom *Qui* est tantôt explicatif, et tantôt limitatif.

Il est explicatif, quand les mots qui le suivent et qui en dépendent, ne font que développer ce qui était enfermé dans l'idée des noms ou pronoms auxquels le *Qui* se rapporte, sans y rien changer.

Il est limitatif, quand on s'en sert pour restreindre et déterminer la signification des noms ou pronoms auxquels il se rapporte.

Mais comment, dans la pratique, distinguera-t-on ces deux cas l'un d'avec l'autre? Les grammairiens et les jurisconsultes nous tracent là-dessus différentes règles qu'il est important de rappeler ici.

Première règle. Toutes les fois que l'idée renfermée dans les mots placés après le relatif, convient et peut se rapporter dans toute

son étendue à l'*antécédent*, alors le relatif n'est et ne peut être qu'explicatif. Telle est cette phrase : *Les hommes*, QUI *sont créés pour connaître et pour aimer Dieu.*

Deuxième règle. Quand l'antécédent d'une proposition est tellement déterminé par lui-même, qu'il n'est susceptible d'aucune détermination ultérieure, comme lorsqu'il représente un individu unique, soit dans son genre, soit dans son espèce, et qu'on ne peut pas le restreindre à une espèce particulière, dans ce cas encore, le pronom relatif qui unit cet antécédent à une période suivante, ne fait qu'expliquer ce qui le concerne, sans le restreindre ou le déterminer. En voici des exemples sensibles : *Je viens de quitter ma femme*, QUI *allait à la messe. Je lègue* 100 *écus à mon frère cadet*, QUI *m'a rendu de grands services. J'institue pour mon héritier universel mon fils unique*, QUI *porte le nom de Pierre.*

Troisième règle. Quand l'antécédent d'une proposition est vague et indéterminé, ou que du moins il peut être susceptible d'une détermination ultérieure, et que l'idée renfermée dans les mots qui lui sont unis par le relatif, ne peut, par la nature des choses, lui convenir, et s'y rapporter généralement et dans toute son étendue, alors le relatif est nécessairement restrictif ou déterminatif. Par exemple, si je dis : *J'institue pour mon héritier la personne* QUI *m'appartient dans le degré le plus proche;* comme en ce cas l'antécédent *personne* présente une idée générale qui peut être restreinte à des idées et à des classes beaucoup plus particulières, et que par conséquent les termes, *Qui m'appartient dans le degré le plus proche*, ne peuvent, par la nature des choses, convenir et se rapporter à cet antécédent dans toute son étendue, il est évident que le *Qui* est nécessairement restrictif ou déterminatif, c'est-à-dire qu'il restreint l'antécédent général, *personne*, à celui qui est mon plus proche parent.

Quatrième règle. Quand l'antécédent, quoique suffisamment déterminé par lui-même pour pouvoir être reconnu sans indication ultérieure, peut cependant recevoir une détermination plus spéciale; quand, d'un autre côté, l'idée unie à cet antécédent par le relatif qui le suit, peut s'y rapporter ou ne s'y rapporter pas dans toute son étendue, selon ce qu'a voulu ou n'a pas voulu celui qui a parlé; et quand on doute, en conséquence, si les mots qui ont été unis à cet antécédent par le relatif, y ont été ajoutés pour le restreindre et y changer quelque chose, ou uniquement pour l'expliquer ou pour désigner quelque chose qui peut y avoir rapport, sans cependant y rien changer; dans ces cas, la question de savoir si le relatif a été employé par forme de restriction ou par forme d'explication, est purement de fait, et dépend absolument des circonstances, de la construction de la clause, des indices qui peuvent faire connaître la volonté, etc.

Par exemple : *Je lègue à Titius toutes mes vignes* QUI *sont en Champagne.* Il est certain que, dans cette phrase, le *Qui* sera limitatif, si j'ai des vignes dans plusieurs provinces; et qu'au contraire il ne sera qu'explicatif, si toutes les vignes que j'ai, se trouvent en Champagne.

Autre exemple : *J'institue pour mon héritier le plus proche de mes parens* QUI *demeure à Paris.* Dans cette espèce, le testateur a voulu appeler, ou son plus proche parent sans distinction, ou le plus proche de ceux d'entre ses parens qui demeuraient à Paris. Dans le premier cas, le *Qui* est simplement explicatif; il ne sert, avec les mots dont il est suivi, qu'à la désignation du lieu où le testateur croyait que son plus proche parent demeurait; et, par conséquent, s'il s'était trompé sur ce lieu, l'institution serait toujours valable, par la règle, *falsa demonstratio non vitiat legatum.* Dans le second cas, au contraire, le *Qui* est limitatif : pourquoi? Parceque, dans l'idée du testateur, comme dans la vérité du fait, l'expression, *Qui demeure à Paris*, ne peut pas convenir à l'antécédent, *mon plus proche parent*, pris dans sa signification absolue; et que cet antécédent, quoique suffisamment individualisé par lui-même, pouvait cependant être restreint par le testateur au plus proche d'entre les parens qu'il avait à Paris.

Donnons un troisième exemple. *J'institue mon plus proche parent, Qui paiera, après ma mort, une pension de* 100 *écus à mon domestique Pierre.* Cette clause ne présente encore qu'une question de fait; car, si le testateur a entendu instituer le plus proche d'entre ceux qui paieraient à Pierre une pension de 100 écus, le *Qui* sera déterminatif; si, au contraire, son intention a été d'appeler individuellement le plus proche de tous ses parens, et de le charger d'une pension de 100 écus, le *Qui* sera explicatif, c'est-à-dire ne fera qu'expliquer une chose que doit faire le plus proche parent.

Mais comment distinguer, dans ces différentes espèces, quelle a pu être la volonté du testateur.

Le moyen le plus simple de parvenir à cette distinction dans la pratique, est de répéter,

après le relatif *Qui*, l'antécédent entier qui le précède. Si cette répétition n'apporte dans la construction ni barbarisme, ni contre-sens, et ne fait que rendre plus sensible l'idée de celui qui parle, il y a tout lieu de croire que le relatif n'est employé que par forme d'explication; dans le cas contraire, on doit communément le regarder comme déterminatif.

Ainsi, dans cette phrase : *J'institue mon plus proche parent*, Qui *paiera* 100 *écus de pension à mon domestique Pierre;* le *Qui* doit être considéré comme simplement explicatif, parcequ'au lieu de commettre un barbarisme, en disant : *J'institue mon plus proche parent, lequel mon plus proche parent paiera*, etc., je ne fais au contraire qu'éclaircir davantage l'idée qu'a voulu exprimer le testateur.

Il en serait autrement dans la phrase suivante : *Je lègue à Titius tous les tonneaux* Qui *sont dans ma cave.* Ce serait certainement choquer l'oreille que de dire : *Je lègue à Titius tous les tonneaux, lesquels tous les tonneaux sont dans ma cave.* Cette répétition de l'antécédent, *tous les tonneaux*, ne présenterait qu'un barbarisme qui ne ferait qu'embrouiller l'esprit; elle offrirait même plutôt un sens faux qu'une explication plus exacte; et par conséquent le *Qui* ne pourrait, dans une telle clause, être considéré que comme limitatif.

Ajoutons une observation importante sur le cas où le relatif est employé par forme d'explication.

Cette explication peut n'être qu'une simple démonstration, et il peut en résulter une condition. Cela dépend du *temps* que l'on emploie.

Si on s'exprime au présent ou au passé, elle ne forme qu'une démonstration. Telles sont ces phrases : *Je lègue Stichus qui m'appartient. Je lègue* 100 *écus à Pierre, Qui a épousé ma sœur aînée.* Ces expressions, *Qui m'appartient, Qui a épousé*, etc., ne présentent que l'idée d'une démonstration, dont la fausseté ne vicie pas le legs. La loi 85, D. *de legatis* 3°, y est on ne saurait pas plus précise.

Mais si l'explication se fait par le futur, elle forme une condition; en sorte que, quand je dis : *Je lègue Stichus qui m'appartiendra au temps de ma mort,* ou *je lègue* 100 *écus à Pierre* Qui *épousera ma sœur aînée*, je suis censé dire : *Je lègue Stichus, s'il m'appartient au temps de ma mort; je lègue* 100 *écus à Pierre, s'il épouse ma sœur aînée.* C'est ce que décide expressément la loi 6, D. *de legatis* 1°; la loi 85, D. *de legatis* 3°; la loi 34, §. 1, D. *de conditionibus et demonstratioinbus;* et c'est de là que les interprètes, notamment Mornac, sur la loi 75, D. *de legatis* 1°; Méan, *ad jus civile Leodensium*, observ. 449; Léoninus, *consil.* 97, et d'Argentrée, sur l'ancienne coutume de Bretagne, art. 221, gl. 4, n° 7, ont formé la règle : *relativum* Qui *adjectum verbo futuri temporis facit conditionem, et perindè est atque si dictum fuisset* si.

On sent la raison de cette différence. L'objet de la démonstration n'est que d'indiquer d'autant mieux la personne ou la chose dont on parle. Or, ce serait la désigner mal, que de le faire par une qualité future qu'elle n'aura peut-être jamais. Il faut donc, lorsqu'on emploie une qualité de cette espèce, qu'on ne se propose un autre objet que d'ajouter à ce qu'on dit un nouveau degré d'évidence, un caractère plus marqué; et cet autre objet ne peut être que de faire dépendre la disposition que l'on écrit, de la qualité future qu'on témoigne vouloir exister dans la personne du légataire, ou dans la chose léguée.

Tous ces principes ont été discutés avec la plus grande étendue, dans une contestation importante qui a été jugée depuis peu au conseil souverain de Brabant.

Philippe-Marc de Fiennes avait fait, le 5 avril 1738, un codicile par lequel il avait disposé, dans les termes suivans, de tous les biens qu'il possédait dans la province de Brabant : « En cas que le neveu du testateur » viendrait à mourir sans enfans légitimes » ou sans descendans légitimes d'iceux (car, » en cas qu'il laisse enfans légitimes ou descendans légitimes d'iceux, le testateur veut » et rend lesdits biens sur le pied de son testament, soumis au lien de fidéicommis » jusqu'au troisième degré de sondit neveu), » et n'en laissant aucun, veut le testateur » que les mêmes biens de Brabant, après la » mort de sondit neveu, iront et succéderont » sur la personne la plus âgée appartenante » alors au testateur dans le degré le plus pro» chain, *Qui portera le nom de Fiennes*, » pour par là même être alors possédés et » usés en libre disposition ».

Le cas prévu par cette clause est arrivé : le neveu de Philippe-Marc de Fiennes est mort sans enfans. Alors se sont présentés, pour recueillir les biens dont le testateur avait disposé, deux personnes qui réunissaient chacune en sa faveur des raisons très-spécieuses. C'étaient, d'un côté, le comte de Béthune, et, de l'autre, la marquise de Matharel. Le premier était petit-fils de Françoise-Thérèse

de Fiennes, et cousin au cinquième degré de Philippe-Marc de Fiennes, testateur; la seconde était née comtesse de Fiennes, et sa parenté avec le testateur était au sixième degré.

Celle-ci a soutenu que les biens lui appartenaient à titre de substitution, parcequ'elle était la seule personne qui existât encore du nom de Fiennes, entre les parens du testateur.

Le comte de Béthune a prétendu, au contraire, que les biens devaient lui être adjugés, soit comme héritier *ab intestat*, soit comme appelé à la substitution. Ses moyens étaient 1° que, par la clause citée, le testateur n'avait pas déféré ses biens à son plus proche parent du nom de Fiennes, mais à son plus proche parent quel qu'il fût, à la charge de porter le nom de Fiennes; 2° qu'en tout cas, la substitution avait été établie en faveur d'un mâle, et non au profit d'une fille, qui ne peut ni conserver, ni perpétuer le nom d'une famille, moins encore au profit d'une femme mariée, qui, au temps de l'ouverture de la substitution, avait perdu son nom d'origine.

L'affaire portée au conseil souverain de Brabant, le comte de Béthune disait, pour établir son premier moyen, que ces mots, *la personne la plus âgée appartenante alors au testateur*, pouvaient avoir été employés par Philippe-Marc de Fiennes, dans un sens positif et absolu, c'est-à-dire, comme désignant la personne la plus âgée de tous ses plus proches parens en général; signification qu'ils avaient d'ailleurs réellement et uniquement par eux-mêmes.

« Dans ce cas (ajoutait le comte de Béthune), ces mots ont formé dans l'esprit du testateur, un antécédent tellement déterminé, qu'il lui aurait été moralement impossible de le déterminer plus particulièrement, puisqu'entendu de cette manière, il ne pouvait évidemment convenir qu'à un seul et même individu. Or, il n'est pas possible qu'une expression postérieure restreigne ou limite un antécédent qui, par lui-même, a déjà toute la détermination dont il est susceptible. Donc ces paroles du testateur : *Qui portera le nom de Fiennes*, ne doivent être considérées que comme explicatives; et, comme l'exploitation qu'elles contiennent, se rapporte à un temps futur, il faut nécessairement convenir qu'elles n'indiquent qu'une condition, et que le tout doit être interprété comme si le défunt avait dit : *La personne la plus âgée, appartenante alors au testateur dans le degré le plus prochain, à condition qu'elle portera ou prendra le nom de Fiennes.*

» Ainsi, toute la question se réduit à savoir si vraiment le testateur a entendu dans un sens positif et absolu, les mots qui précèdent le relatif.

» Or, soit que l'on considère la construction de la phrase, soit qu'on s'attache aux principes généraux de la matière, on trouvera toujours la présomption légale et juridique du côté du comte de Béthune.

» 1° Employons ici le moyen ordinaire de vérifier si le *Qui* est explicatif ou limitatif : répétons, après ce mot, l'antécédent entier qui le précède, et disons : *La personne la plus âgée appartenante alors au testateur dans le degré le plus prochain, laquelle personne la plus âgée appartenante alors au testateur dans le degré le plus prochain, portera le nom de Fiennes*, il n'y a là ni barbarisme, ni contre-sens, rien en un mot qui choque l'oreille ou embrouille l'esprit. Par conséquent, la présomption de droit est que le testateur a donné à l'antécédent un sens positif et absolu, et qu'il n'a employé le relatif que par forme d'explication, et pour rendre sa disposition conditionnelle.

» 2° Une autre preuve que le testateur est censé avoir eu individuellement en vue la qualité du plus proche parent, c'est qu'il a d'abord désigné le substitué par cette qualité, et que ce n'est qu'après qu'il a placé les mots *Qui portera le nom de Fiennes*. Cette manière de raisonner n'est point nouvelle ni imaginée pour le besoin de la cause; elle est autorisée formellement par la loi 37, D. *de stipulationibus servorum*. Si un esclave, dit cette loi, a stipulé une certaine somme *en faveur de Lucius Titius et de Caius Seïus* (qui étaient ses maîtres), ils prendront chacun la moitié de cette somme, quoiqu'ils aient des parts inégales dans la propriété de l'esclave. Si, au contraire, l'esclave a simplement stipulé *en faveur de ses maîtres*, chacun d'eux prendra, dans la somme, une part proportionnée à celle qu'il a dans la propriété de l'esclave? Mais que décidera-t-on si l'esclave a stipulé *en faveur de Lucius Titius et de Caius Seïus, ses maîtres*? Ceux-ci auront-ils une part virile, comme dans le premier cas, ou une partie proportionnée à leur droit de propriété, comme dans le second? Pour résoudre cette question, il faut savoir quelle est la qualité que l'esclave a nommée pour désigner *principalement* les individus en faveur de qui il stipulait, et quelle est la qualité qu'il n'a employée que par forme d'éclaircissement et d'explication. Or, dit la loi, comme ce sont les noms des individus qu'il a exprimés en premier lieu, et que la qualité de *maîtres* n'a été employée qu'après, il faut croire que l'es-

clave a d'abord nommé les individus, pour montrer qui étaient ceux en faveur desquels il stipulait, et qu'il n'a ajouté l'expression *mes maîtres*, que pour expliquer le rapport qui existait entre eux et lui.

» On sent combien cette loi est décisive pour le comte de Béthune. C'est en *premier lieu et principalement* que le testateur a employé la qualité de *plus âgé de ses plus proches parens*, pour désigner la personne qu'il voulait appeler à sa succession. Ce n'est qu'ensuite, qu'en second ordre, que, par un membre de phrase séparé, qu'il a parlé de la qualité attachée à ces mots, *Qui portera le nom de Fiennes*. Donc la première qualité doit être regardée comme l'expression absolue, positive et individuelle de la personne appelée par le testateur; et la seconde ne présente que l'explication d'une qualité que devait avoir cette personne déjà désignée.

» 3° Si la construction de la phrase laisse des doutes sur la véritable intention de Philippe-Marc de Fiennes, en faveur de qui la balance doit-elle pencher? C'est certainement en faveur du comte de Béthune, puisqu'il est héritier légal du dernier possesseur des biens, puisqu'il est plus proche parent du testateur que la marquise de Matharel; puisqu'on ne peut le dépouiller qu'en vertu d'une substitution, et qu'aux termes de l'art. 67 de l'édit perpétuel de 1611, toute disposition de cette espèce qui n'est pas conçue *clairement*, ne peut être d'aucun effet ».

Tel a été, en substance, le développement que le comte de Béthune a donné à son premier moyen. Nous rendrons compte aux mots *Substitution fidéicommissaire*, sect. 10, §. 13, n° 3, des détails dans lesquels il est entré sur le deuxième.

De son côté, la marquise de Matharel répondait, entre autres choses, que, si le *Qui* relatif, dans la clause dont il s'agissait, n'était qu'explicatif, il devait, d'après les propres principes du comte de Béthune, former une condition véritable.

« Or (ajoutait-elle), l'usage ordinaire, lorsqu'on veut rendre une disposition conditionnelle, est de se servir des mots *si, à condition, pourvu que*, etc. Le testateur n'a employé aucune de ces expressions; on ne doit donc pas présumer qu'il ait voulu imposer à son plus proche parent, la charge de porter le nom de *Fiennes*.

» D'ailleurs (ajoutait-elle, et ceci était décisif pour sa cause), il est de principe que les clauses d'un testament doivent s'interpréter les unes par les autres. Or, le testateur a institué son neveu, Pierre Sandelain, baron d'Enne, *sans obliger* à prendre le nom de *Fiennes*. Il n'est donc pas vraisemblable qu'il ait imposé cette obligation au substitué qu'il a voulu désigner; et par conséquent, les mots, *Qui portera le nom de Fiennes*, ne peuvent être regardés comme simplement explicatifs, mais comme déterminatifs de ceux qui les précèdent.

» Ce n'est pas tout : le même testament, qui appelle à la substitution des biens du Brabant, *le plus proche parent qui portera le nom de Fiennes*, contient une autre substitution des biens que le testateur laissait en Artois, et y appelle son *hoir le plus proche* en général. Assurément, cette différence prouve bien clairement que son intention a été de partager sa succession en deux parties; d'en donner une à son plus proche parent, quelque nom qu'il portât, et d'assurer l'autre à la branche qui porterait le nom de *Fiennes* ».

Sur toutes ces raisons, il est intervenu, au conseil de Brabant, un arrêt, par lequel les biens litigieux ont été adjugés à la marquise de Matharel. Le comte de Béthune s'est pourvu en révision; mais, par un nouvel arrêt, rendu en 1779, la compagnie des réviseurs, composée de tous les magistrats du conseil de Brabant, de deux conseillers du grand conseil de Malines, de deux conseillers du conseil souverain de Mons, et de deux professeurs de la faculté de droit de Louvain, a déclaré qu'erreur n'était intervenue dans le premier.

V. les articles *Institution d'héritier, Legs, Mode* et *Condition*.

[[*QUIDAM*. Terme emprunté du latin, et qu'on emploie dans les actes judiciaires, pour désigner les personnes dont on ignore le nom.

Lorsque l'auteur d'un crime ou d'un délit est inconnu, la plainte est dirigée contre un *Quidam*; et le juge cherche à découvrir, par les informations, quel est celui auquel peut s'adapter cette dénomination vague.

Mais si les informations n'apprennent rien à cet égard, peut-on mettre le *Quidam* en état d'accusation, et poursuivre contre lui un jugement par contumace?

La négative est évidente, et voici un arrêt de la cour de cassation, du 9 pluviôse an 10, qui l'a consacrée formellement :

« Le commissaire du gouvernement expose qu'il existait, dans les environs de Beaune, département du Doubs, une troupe de brigands connus sous le nom de *Margandiers*.

» Plusieurs d'entre eux ont été poursuivis,

comme prévenus d'être auteurs ou complices de vols commis à force ouverte et avec effraction, dans des maisons habitées, de tentatives d'assassinats et de viols.

» De ce nombre étaient deux individus, dont l'un ne portait de nom que celui de *chasseur* ou *hussard*, et l'autre que celui de *canonnier*.

» La procédure a été commencée par le juge de paix du canton du Grand-Sancey, et par le directeur du jury de l'arrondissement de Beaune, dans l'étendue duquel la plupart des crimes avaient été commis.

» Des vices de forme en ont fait prononcer la nullité par le tribunal criminel du département du Doubs, et l'affaire a été renvoyée au juge de paix, officier de police judiciaire des 7e et 9e sections de Besançon, et par suite devant le directeur du jury de cet arrondissement.

» Deux actes d'accusation ont été dressés le 10 brumaire an 6 :

» Le premier, contre Pierre-Emmanuel Petit-Cuénol, Anne-Marie Gardot, sa femme, Célestin Vonin, Jean Pierre Puton, et François Painchaux;

» Le second, contre plusieurs autres individus, et notamment contre Jean-Baptiste Petit-Cuénol, déserteur, sans profession ni domicile, un *Quidam* chasseur ou hussard, vêtu d'une veste rayée blanche et rouge, et d'un pantalon vert, déserteur, sans profession ni domicile, et un autre *Quidam* canonnier, portant l'habit uniforme de ce corps, et errant dans le canton du Grand-Sancey, aussi déserteur, sans profession ni domicile.

» Ces deux derniers étaient fugitifs.

» Sur le second acte d'accusation, la déclaration du jury, du 14 brumaire an 6, a été qu'il y avait lieu à l'accusation proposée.

» Le *Quidam* chasseur ou hussard et le *Quidam* canonnier ont été compris, avec Jean-Baptiste Petit-Cuénol et Gaspard Vonin, dans l'ordonnance de prise de corps et de traduction au tribunal criminel, rendue le même jour.

» C'était sans doute une grande erreur de la part du directeur du jury. On peut bien décerner des mandats d'amener et d'arrêt contre un *Quidam;* mais on ne peut jamais aller au-delà à son égard; et c'est ce que prouve l'art. 75 du Code des délits et des peines, en ce qu'il n'ordonne l'envoi de la procédure au directeur du jury qu'après que le *Quidam* est arrêté.

» Quoi qu'il en soit, ceux des accusés qui étaient arrêtés, ont usé de la faculté d'option que leur donnait l'art. 303 du Code des délits et des peines; ils ont choisi le tribunal criminel du département du Jura, où ils ont été traduits.

» La procédure par contumace a été instruite par le même tribunal, contre le chasseur ou hussard, et le canonnier. Un premier jugement l'a déclarée régulière; et sur la déclaration du jury de jugement, ils ont été condamnés, le 21 nivôse an 6, avec plusieurs autres, à vingt-quatre années de fers. Ce jugement a été exécuté.

» Le 28 brumaire an 9, Désiré Petit-Cuénol, frère de Jean-Baptiste et d'Emmanuel Petit-Cuénol, condamnés, a été arrêté comme suspect de désertion, et d'avoir fait partie de cette troupe de voleurs. Il était connu pour avoir servi dans plusieurs corps, et on présumait qu'il était le *Quidam* désigné comme canonnier.

» Il a été conduit dans la maison d'arrêt de Beaune, et interrogé par le directeur du jury de cet arrondissement, qui, par ordonnance du 4 frimaire an 9, l'a renvoyé devant le tribunal criminel du Jura.

» Désiré Petit-Cuénol a constamment nié qu'il eût participé à ces brigandages : il a soutenu que, dans le temps où ses frères, Pierre-Emmanuel et Jean-Baptiste, avaient été arrêtés, il était de service aux armées; et qu'il ne pouvait pas être mis en jugement sur une accusation et sur une ordonnance de prise de corps, qui, ne portant ni son nom, ni son âge, ni sa profession, ni son signalement, pouvait également s'appliquer à tout autre individu.

» Le tribunal criminel du département du Jura, sur une pétition présentée par ce détenu, a rendu, le 15 pluviôse an 9, un jugement qui ordonne, avant faire droit, que ce même détenu sera conduit devant le directeur du jury de l'arrondissement de Besançon, pour être, par lui, procédé conformément à la loi.

» Les motifs de ce jugement ont été, qu'aucune pièce de la procédure ne constatait que le *Quidam* canonnier, contre lequel le directeur du jury de Besançon avait décerné un mandat d'arrêt, fût Désiré Petit-Cuénol, et qu'on ne pouvait mettre en jugement que des individus nominativement compris dans un acte d'accusation, suivi d'ordonnance de prise de corps.

» Le directeur du jury de Besançon n'a point voulu statuer sur ce renvoi : il s'est, par ordonnance du 3 floréal dernier, déclaré incompétent.

» Il en a donné pour motifs, qu'il avait été entièrement dessaisi par l'effet de l'option

et de la traduction des prévenus devant le tribunal criminel du département du Jura; qu'ayant été une fois dessaisi, il ne pouvait plus en connaître que de l'autorité du tribunal supérieur de son département; que le tribunal criminel du département du Jura, n'ayant sur lui aucune juridiction, n'avait pu lui donner un mandat légal pour la reconnaissance de l'identité de la personne de Désiré Petit-Cuénol; que ce point de jurisprudence est établi par divers jugemens du tribunal de cassation, notamment par celui du 4 ventôse an 7.

» C'est dans cet état que l'affaire est présentée au tribunal de cassation, à qui seul il appartient aujourd'hui de la régulariser.

» Il pourrait le faire par réglement de juges, si l'espèce de conflit négatif qui s'est élevé entre le tribunal criminel du département du Jura, et le directeur du jury de Besançon, n'avait pas sa source dans des actes qui sont radicalement nuls, et qui ne peuvent être attaqués que par la voie de cassation.

» Ces actes sont 1° l'ordonnance du 10 brumaire an 6, portant traduction du *Quidam* chasseur ou hussard, et du *Quidam* canonnier, devant le jury d'accusation; 2° l'acte d'accusation dressé contre eux le même jour; 3° la déclaration affirmative du jury d'accusation, et l'ordonnance de prise de corps, qui s'en sont ensuivies le 14 du même mois.

» Ces actes, comme on vient de le dire, sont radicalement nuls, en ce qu'ils portent sur des *Quidams*, c'est-à-dire, sur des individus qui, d'après l'art. 75 du Code des délits et des peines, ne peuvent jamais, comme tels, et tant qu'ils ne sont pas désignés nominativement, être traduits devant le directeur du jury d'accusation; en sorte que celui-ci excède véritablement son pouvoir, toutes les fois qu'il fait, en sa qualité, une instruction quelconque dont un *Quidam* se trouve l'objet.

» De la nullité de ces actes, résulte non-seulement la nécessité de les casser, mais encore celle de casser la procédure et le jugement par contumace dont ils ont été suivis au tribunal criminel du département du Jura.

» Il est, par la même raison, indispensable de casser l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement de Beaune, du 4 frimaire an 9, qui, supposant Désiré Petit-Cuénol valablement constitué en état de prise de corps, sous le nom de *Quidam*, par l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement de Besançon, du 14 brumaire an 6, l'a renvoyé devant le tribunal criminel du département du Jura.

» Et comme le tribunal criminel du département du Jura, en s'occupant de l'exécution de cette ordonnance du 4 frimaire an 9, ne l'a pas annulée, ainsi qu'il eût dû le faire, il y a également lieu, d'après le §. 5 de l'art. 456 du Code des délits et des peines, de casser, de ce chef, le jugement du 15 pluviôse an 9, par lequel il a renvoyé Désiré Petit-Cuénol devant le directeur du jury de Besançon.

» A ces causes, le commissaire du gouvernement requiert qu'il plaise au tribunal de cassation casser et annuler l'ordonnance du directeur du jury de Besançon, du 10 brumaire an 6, en tant qu'elle porte traduction d'un *Quidam* chasseur ou hussard et d'un *Quidam*, canonnier devant le jury d'accusation; casser et annuler, par suite, l'acte d'accusation du même jour, la déclaration du jury d'accusation, et l'ordonnance de prise de corps, du 14 du même mois, qui s'en sont ensuivies à l'égard de ces deux *Quidams*; casser et annuler également, et toujours par suite, les ordonnances de contumace rendues par le président du tribunal criminel du département du Jura, les 9 frimaire et 9 nivôse de la même année, contre ces mêmes *Quidams*; le jugement du 21 dudit mois de nivôse, qui a déclaré la contumace bien instruite à leur égard; la déclaration du jury, du même jour, qui les a déclarés convaincus des crimes dont ils étaient accusés; le jugement, aussi du même jour, qui les a condamnés à la peine de vingt-quatre années de fers; l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement de Beaune, du 4 frimaire an 9, portant renvoi de Désiré Petit-Cuénol au même tribunal criminel; et le jugement de ce dernier tribunal, du 15 pluviôse suivant, qui, en laissant subsister cette ordonnance, renvoie Désiré Petit-Cuénol devant le directeur du jury de l'arrondissement de Besançon; renvoyer Désiré Petit-Cuénol et les pièces de la procédure devant l'un des directeurs du jury les plus voisins, pris dans le ressort du tribunal criminel du département du Doubs; ordonner que le jugement à intervenir sera imprimé et transcrit sur les registres des directeurs du jury de Besançon et de Beaune, ainsi que sur ceux du tribunal criminel du département du Jura.

» Fait au parquet, le 18 nivôse an 10. *Signé* Merlin.

» Oui le rapport du cit. Carnot...;

» Vu les art. 75 et 456 du Code des délits et des peines...;

» Attendu que l'ordonnance du 10 brumaire an 6, portant traduction du *Quidam*, chasseur ou hussard, et du *Quidam*, canon-

nier, devant le jury d'accusation; que l'acte d'accusation dressé contre eux le même jour, la déclaration affirmative du jury d'accusation, et l'ordonnance de prise de corps qui s'en est suivie, le 14 du même mois, sont radicalement nuls, en ce qu'ils portent sur de simples *Quidams*, c'est-à-dire, sur des individus qui, d'après l'art. 75 du Code des délits et des peines, ne peuvent, sous cette seule qualité, et tant qu'ils ne sont pas désignés nominativement, être traduits devant le jury d'accusation, puisque la procédure instruite contre eux par l'officier de police judiciaire, ne doit pas même lui être adressée, et que, conséquemment, le directeur du jury excède véritablement son pouvoir toutes les fois qu'il fait, en cette qualité, une instruction quelconque dont un *Quidam* contumace se trouve l'objet;

» Attendu que, de la nullité de l'ordonnance de traduction, résulte, non-seulement la nécessité de l'annuler, mais encore celle de casser toute la procédure, et le jugement par contumace dont elle a été suivie au tribunal criminel du département du Jura, comme aussi, et par la même raison, l'ordonnance de renvoi de Désiré Petit-Cuénol, rendue le 4 frimaire an 9, par le directeur du jury de Beaune, en ce qu'elle suppose ce prévenu valablement constitué en état de prise de corps, par l'ordonnance du directeur du jury de Besançon, du 14 brumaire an 6, et qu'en conséquence elle le renvoie par devant le tribunal criminel du département du Jura;

» Attendu que le tribunal criminel du département du Jura, en s'occupant de ladite ordonnance du 4 frimaire an 9, dans son jugement du 15 pluviôse suivant, ne l'a pas annulée, ainsi qu'il aurait dû le faire, d'après l'art. 456 du Code des délits et des peines; ce qui rend nécessaire la cassation de son jugement;

» Le tribunal, faisant droit au réquisitoire du commissaire du gouvernement, casse et annulle l'ordonnance du directeur du jury de Besançon, du 10 brumaire an 6, en ce qu'elle porte traduction d'un *Quidam*, chasseur ou hussard, et d'un *Quidam*, canonnier, devant le jury d'accusation;

» Casse et annulle par suite l'acte d'accusation du même jour, la déclaration du jury d'accusation, et l'ordonnance de prise de corps, du 14 du même mois, qui s'en sont ensuivies à l'égard de ces deux *Quidams*;

» Casse et annulle également, et toujours par suite, les ordonnances de contumace rendues par le président du tribunal criminel du département du Jura, les 9 frimaire et 9 nivôse de la même année contre les mêmes *Quidams*; le jugement du 21 dudit mois de nivôse, qui a déclaré la contumace bien instruite à leur égard; la déclaration du jury, du même jour, qui les a déclarés convaincus des mêmes crimes dont ils étaient accusés; le jugement, aussi du même jour, qui les a condamnés à la peine de vingt-quatre années de fers; l'ordonnance du directeur du jury de l'arrondissement de Beaune, du 4 frimaire an 9, portant renvoi de Désiré Petit-Cuénol au même tribunal criminel; et le jugement du 15 pluviôse suivant, qui, en laissant subsister cette ordonnance, renvoie Désiré Petit-Cuénol devant le directeur du jury de l'arrondissement de Besançon;

» Renvoie Désiré Petit-Cuénol, et les pièces de la procédure, pardevant le directeur du jury de Pontarlier, département du Doubs, et, dans le cas d'accusation admise, pardevant le tribunal criminel du même département.... ».

V. mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Quidam*.]]

QUINT. *V.* l'article *Lods et Ventes*.

QUINT, DEMI-QUINT ET PEINES DE LETTRES. Termes particuliers à la province de Hainaut : ils désignent les amendes que doivent au roi et aux seigneurs, ceux qui sont traduits en justice pour le paiement des dettes qu'ils sont en retard d'acquitter.

Cette matière présente trois questions à examiner :

Pour quelles espèces de dettes les amendes dont il s'agit, sont-elles exigibles?

Dans quels cas ces dettes y donnent-elles lieu?

Quelles sont les juridictions où il faut que la connaissance de ces mêmes dettes soit portée, pour qu'il y ait ouverture à ces sortes de condamnations?

Reprenons ces trois objets.

1° Régulièrement toutes les espèces de dettes ordinaires qu'on est en retard d'acquitter, soumettent ceux qui en sont redevables, aux peines pécuniaires dont nous parlons.

On dit, *toutes les espèces de dettes ordinaires :* car il en est autrement à l'égard des dettes privilégiées, c'est-à-dire, des frais funéraires, des frais de justice, des loyers de maisons, des gages de domestiques, des honoraires de médecins et de chirurgiens, des états d'apothicaires, des créances fiscales, des tailles, etc. Toutes ces dettes, dans le cas où elles sont privilégiées, ou, ce qui est la même chose, dans les cas déterminés par les sept premiers articles du chap. 75 des chartes générales de Hainaut, ne sont pas régulièrement sujettes aux Quint, demi-Quint et Peines de lettres. L'art. 8 du même chapitre

en contient une disposition expresse, et en même temps y apporte une exception qu'il est important de remarquer. Voici comment il est conçu : « Pour lesquelles demandes » privilégiées ne sera pris par justice quel- » que demi-Quint sur l'une ni sur l'autre » des parties, soit qu'il y ait opposition ou » non : mais, si tels demandeurs faisaient » traite (c'est-à-dire, saisissaient), en vertu » de lettres, la peine contenue en icelles sera » levée sur le débiteur ».

Les dettes qui n'ont d'autre cause que des condamnations à des amendes de police, sont aussi exceptées de l'assujétissement aux peines dont il est ici question. L'art. 16 du chap. 22 porte que « le jugement de loi vaudra et » sera rendu en essence d'obligation, pour en » faire poursuite par tout notredit pays, » sans, pour ce, payer demi-Quint ». (*V.* l'article *Jugement de loi*).

Ces peines affectent-elles les dettes qu'on appelle en Hainaut *dettes à connaître*, c'est-à-dire, qui ne sont constatées par aucune reconnaissance authentique ou sous seing-privé?

L'affirmative ne peut souffrir le moindre doute, d'après l'art. 2 du chap. 111 des chartes, générales, qui est conçu en ces termes : « Si, au contraire, advenait qu'aucun fût » poursuivi pour dette à connaître faite et » accrue, ou reconnue par lui-même, dont » le poursuivant, sur opposition, parvien- » drait à sa demande, icelui opposant, avec » la satisfaction de la dette et dépens sera » tenu de payer le demi-Quint servi à justice, » à la charge du poursuivant; et, si ledit » défendeur avait cause légitime de recours, » audit cas, son garant sera tenu et sujet de » lui restituer le principal, aussi le demi- » Quint et dépens, en cas de sommation » préalable en temps dû ».

Cet article n'excepte, comme on le voit, aucun cas de sa disposition; cependant nous voyons dans d'anciennes notes manuscrites, qu'elle doit être restreinte, en fait de *dettes à connaître*, à celles dont on poursuit le paiement dans les justices royales : « Les seigneurs » (portent ces notes) ne perçoivent plus le » droit de demi-Quint pour les dettes à con- » naître, parcequ'ils y ont renoncé par une » requête au roi, pour empêcher leurs vas- » saux de se pourvoir directement à la cour » de Mons, où ces droits ne sont pas dus ».

2° La question de savoir en quel cas il y a lieu aux peines pécuniaires dont il s'agit, est assez clairement décidée par différens textes des chartes générales.

L'art. 4 du chap. 75 déclare que, « pour » toutes les demandes et poursuites qui se fe- » ront par ajournement, soit qu'il y ait pro- » cès pour la dette ou non, sera pris et levé » le droit de demi-Quint, comme du passé, » à la charge du débiteur, moyennant l'in- » terpellation et sommation précédente, sauf » qu'en cas de renvoi sur le procès, ledit » demi-Quint sera à la charge du poursui- » vant ».

L'art. 15 ajoute : « Mais, pour le regard » d'une dette demandée et payée sur *requête* » *du créditeur à l'office, ayant en gouverne* » *par traite ou autrement les biens du débi-* » *teur* (1), ne sera dû quelque droit de Quint » ni demi-Quint, puisqu'il n'y aurait quelque » traite donnée ».

Il résulte de la combinaison de ces articles, que les peines dont nous parlons, ne sont jamais dues qu'en conséquence de demandes formées par requêtes ou exploits signifiés aux débiteurs, et que les demandes que l'usage du Hainaut permet d'adjuger sans entendre les parties, n'y donnent point ouverture.

Le premier de ces articles nous apprend encore deux points importans : l'un, que les amendes dont il s'agit ne sont dues que lorsque le débiteur, avant d'être poursuivi en justice réglée, a été sommé extrajudiciairement de satisfaire à son obligation, l'autre, que, si le demandeur qui se prétendait créancier, vient à succomber dans ses poursuites, c'est à sa charge que retombe l'amende.

Ces deux points sont encore établis par l'art. 1 du chap. 112 : « Tous débiteurs con- » traints par justice seront tenus, d'ici en » avant, payer le demi-Quint et tous dépens, » soit qu'ils s'opposent ou non; *et en seront* » *déchargés les créditeurs, moyennant qu'ils* » *en aient fait demande avant la traite* ».

Ces derniers termes font voir que le créancier est tenu personnellement de l'amende, lorsqu'il a négligé la sommation extrajudiciaire, et que, par-là, il en a affranchi le débiteur. C'est ce que prouve aussi l'art. 39 du chap. 69, qui en même temps, contient, sur le même objet, deux dispositions très-remarquables. En voici les termes : « Et comme » jusques à présent a été entendu et prati- » qué, qu'un débiteur poursuivi par justice » se pouvait exempter du droit de Quint, » demi-Quint et peine de lettres, en payant » le prétendu de son trayant ou créditeur » sans oppositions, chose dure et illégitime;

(1) C'est-à-dire, sur requête présentée par le créancier au juge sous l'autorité duquel les biens du débiteur sont tenus en saisie. *V.* les articles *Clain* et *Mainmise*.

» nous ordonnons que dorénavant tels droits » de Quint et peines se paieront en tous cas » par le débiteur poursuivi, pourvu néan- » moins qu'il apparaisse y avoir eu somma- » tion, interpellation ou autre demande ex- » trajudiciaire; sauf quand le jour du paie- » ment est limité, auquel cas n'est besoin de » sommation ni d'autre interpellation, ni » semblablement pour simple rencharge » après traite donnée ».

L'art. 11 du même chapitre nous présente encore quelques décisions qui trouvent naturellement ici leur place :

« Les sergens ne pourront saisir ni vendre plus de *biens-meubles*, ou, en faute de meubles, *plus d'immeubles*, que jusques à la concurrence de la dette du trayant, avec les mises de justice et le service du Quint, demi-Quint, ou autre peine : si ne se devra prendre des deniers dudit vendage par exécution le Quint, ou demi-Quint, que si avant qu'ils feront payer leurs trayans de leurs traites et dus.

» Mais si tels trayans étaient renvoyés de leurs traites, ou en fissent appointement sans le su de justice, iceux trayans devront néanmoins payer service, tel qu'*ils* l'auraient donné, dont lesdits officiers feront l'exécution, à savoir lesdits Quint, demi-Quint ou peine, sans quelque déport ou prolongation ».

3° Voyons maintenant dans quelles juridictions il faut que la connaissance des dettes soumises aux Quint, demi-Quint et peines de lettres, soit portée, pour qu'il y ait ouverture à ces sortes d'amendes.

On a déjà remarqué que les poursuites dans une justice seigneuriale, suffisent régulièrement pour opérer cet effet : l'art. 15 du chap. 94 met ce point dans un nouveau jour; il ajoute même qu'il n'en faut pas excepter le cas où une cause entamée devant les officiers d'une seigneurie serait ensuite évoquée par le tribunal supérieur, et qu'alors le Quint, le demi-Quint et les peines de lettres sont toujours dus au seigneur, comme si la contestation s'était terminée dans sa justice. Voici les termes de cet article : « A tous seigneurs vas- » saux appartiendront les peines, Quints et » demi-Quints des traites qui se donneront » et se feront par leurs officiers, sans avoir » égard si la matière pour l'obligation était » évoquée en notredite cour, pour par eux les » lever après le procès vidé, ou que les par- » ties se seraient trouvées d'accord par ap- » pointement ».

L'art. 1 du chap. 133 exempte de ces peines les demandes formées devant le bailli des bois du Hainaut : « Notre bailli des bois » (porte ce texte) aura la judicature et con- » naissance de trois franches forêts de notre- » dit pays, à savoir, de Mormal, Vicogne et » Brocqueroyes, et de tous nos autres bois et » forêts en icelui; semblablement nos vas- » saux et sujets connaîtront des leurs en leurs » seigneuries, si l'on ne se trait à l'office de » notredit bailli, lequel devra faire justice » sans prendre quelque demi-Quint ».

Cette disposition s'applique naturellement aux maîtrises des eaux et forêts de Valenciennes et du Quesnoy, qui représentent, chacune dans son département, l'ancien bailli des bois du Hainaut.

L'art. 21 de l'édit du mois de janvier 1718, portant création de la juridiction consulaire de Valenciennes, décide que les demandes qui seront « portées dans cette juridiction, » les défenses qui y seront fournies, et les » jugemens qui y seront rendus, seront af- » franchis du droit de Quint, demi-Quint et » autres peines de lettres ».

L'art. 54 du chap. 22 des chartes générales renferme la même disposition par rapport à la cour souveraine de Mons, mais il en excepte le cas où le débiteur se serait soumis expressément à ces amendes par le titre de son obligation : « de toutes poursuites qui se » feront en notredite cour, ne seront dus, » comme aussi n'ont été de tout temps, au- » cuns Quints, demi-Quints, ni autres pei- » nes, si les lettres ne le contiennent par » exprès ».

Le changement de domination survenu dans une grande partie du Hainaut, depuis la rédaction des chartes générales, a fait de cette disposition la matière d'une difficulté qui a occupé successivement le bureau des finances de Lille, le parlement de Flandre et le conseil d'état. Il s'agissait de savoir si les justices royales, établies par Louis XIV dans le Hainaut français, devaient être assimilées sur cet objet à la cour souveraine de Mons. Voici ce qu'a prononcé le conseil par arrêt du 5 novembre 1726 :

« Le roi en son conseil, ayant égard à ladite requête, a ordonné et ordonne que les art. 15 du chap. 64 des nouvelles chartes et coutumes du Hainaut, du 5 mars 1619; 11 et 39 du chap. 69, 14 du chap. 75; 2, chap. 111, et 1 du chap. 112 de ladite coutume; l'ordonnance du sieur Le Peletier, intendant et commissaire départi en Flandre, du 6 mai 1682, et le jugement des trésoriers de France à Lille, du 27 novembre 1723, seront exécutés selon leur forme et teneur;

» Et en conséquence, sans avoir égard aux arrêts du parlement de Flandre, des 9 mai,

25 novembre et 24 décembre 1725, que sa majesté a cassés et annulés, ordonne que les amendes de Quint, demi-Quint et peines de lettres, seront payées conformément auxdits articles des coutumes, pour les contraintes et demandes introduites devant les officiers du bailliage de Bouchain et des autres justices et juridictions royales du Hainaut, tant par commissions expédiées au greffe, que par main-mises ou apostilles desdits officiers sur les requêtes qui leur seront présentées par les créanciers contre les débiteurs; encore que lesdites contraintes et demandes soient de la nature de celles qui auraient pu être portées à la cour de Mons par exclusion ou par prévention aux autres juges.... ».

[[Les droits de Quint, demi-Quint et peines de lettres n'ont été supprimés par aucune loi positive; mais la perception en a entièrement cessé à l'époque de la publication de la loi du 5-19 décembre 1790, relative au droit d'enregistrement.]]

QUINT DATIF, ou QUINT D'AUMONE. Les coutumes d'Artois, d'Amiens, de Ponthieu, de Boulonnais, de Montreuil et de Péronne, distinguent deux sortes de Quints: l'un *naturel*, l'autre *datif* ou *d'aumône*. Le premier est la portion que ces coutumes accordent elles-mêmes aux puînés dans les biens qu'elles laissent aux aînés; le second est celle dont elles permettent aux testateurs de disposer.

Nous parlerons du *Quint naturel* sous ce mot; il ne s'agit ici que du *Quint datif*.

Sur quels biens peut-il avoir lieu?

A qui peut-il être donné?

Dans quelle forme doit être conçu l'acte qui en contient la disposition?

Quels en sont les effets utiles?

Quelles en sont les charges?

[[Quel est, à cet égard, l'état actuel de la législation?]]

Telles sont les Questions que nous avons à discuter dans cet article.

§. I. *Des biens dont on peut distraire le Quint datif.*

Les biens sujets aux réserves coutumières, sont les seuls à l'égard desquels il puisse être question de Quint datif: les autres étant entièrement disponibles, il importe peu qu'on en lègue le Quint ou le quart, ou la totalité.

On voit par-là que les questions relatives au Quint datif, sont étrangères aux meubles et acquêts, non-seulement dans la coutume de Ponthieu, où l'aîné est seul héritier de ces sortes de biens, mais encore dans celle où ces sortes de biens se partagent également dans les successions *ab intestat*.

Les propres sont donc les seuls objets sur lesquels puissent rouler les questions auxquelles le Quint datif peut donner lieu.

La disposition du Quint des propres féodaux est autorisée par toutes les coutumes citées, c'est-à-dire, par celle d'Artois, art. 91; par celle d'Amiens, art. 57; par celle de Ponthieu, art. 25; par celle de Boulonnais, art. 88; par celle de Montreuil, art. 100, et par celle de Péronne, art. 165.

Celle d'Amiens permet la même chose à l'égard des propres roturiers: « N'est loisible » de disposer par testament et dernière volonté de ses propres héritages, soit féodaux ou cottiers, venus et échus de ses » prédécesseurs, sinon du Quint seulement » et par forme de Quint viager ou héréditaire, » selon qu'il veut donner ». Ce sont les termes de cette coutume, art. 57.

On remarque la même disposition dans l'art. 25 de la coutume de Ponthieu: « Un » chacun de franche et libre volonté peut » et lui loit, sans le consentement de son » héritier et à qui il lui plaît, soit par un » testament ou dernière volonté, donner et » léguer le Quint de tous ses héritages, ou » partie d'iceux et par forme de Quint; et ne » peut une personne, quinter deux fois ses » héritages ».

L'art. 100 de la coutume de Montreuil décide également « qu'un chacun peut donner » un Quint de son héritage, par forme de » Quint datif, à qui il lui plaît, sans consentement ne octroi d'hoir, ne sans quelque » solennité ».

La coutume de Péronne ne parle du Quint datif que relativement aux propres féodaux; mais c'est parcequ'elle étend plus loin la disponibilité des propres roturiers. Voici comment elle s'explique, art. 165: « Il est loisible » à toutes personnes capables, de disposer » par testament.... du Quint des propres féodaux et tiers des propres censuels: *et*, où » la disposition excéderait, doit être réduite » auxdits Quint et tiers ».

La coutume d'Artois, art. 91, ne comprend que les fiefs dans la permission qu'elle accorde d'en léguer le Quint: « Il est permis à chacun » donner par disposition dernière et non autrement, au desçu et sans le consentement » de son héritier, un Quint de tous ses fiefs, » par don d'aumône, pour, par le légataire, » en jouir paisiblement comme de sa chose ».

Baudoin prétend, sur cet article, qu'il faut l'étendre *aux cotteries ou autres biens patrimoniaux*. Mais son opinion est combattue par

Maillard, et rejetée par l'usage. Voici les termes de Maillart : « Comme cet article » contient une dérogation à l'art. 76, il faut » prendre tout ce qui y est dit pour limitatif » et restrictif, et non pas pour démontratif » seulement : de sorte que, dans cette cou- » tume, il n'est pas permis de disposer du » Quint des rotures patrimoniales, quoiqu'il y » soit permis de disposer de celui des propres » féodaux ».

La coutume de Boulonnais n'est pas aussi claire : elle dit bien, art. 88, qu'on peut disposer « du Quint de tous ses héritages » féodaux, qui se nomme vulgairement *Quint* » *datif*, et se lève devant le Quint naturel, » sur tous héritages féodaux et patrimo- » niaux »; mais, comme l'on voit, cette disposition laisse douter si l'on peut, en Boulonnais, donner ou léguer le Quint des propres censuels, comme celui des propres féodaux.

Le Camus d'Houlouve soutient la négative dans son commentaire sur la coutume de cette province. Voici la substance de ces raisons.

» L'art. 124 porte expressément que *nul ne peut donner son héritage à lui venu de ses prédécesseurs, si ce n'est, quant à matière de don, par le consentement exprès de son héritier apparent;* et suivant l'art. 92, *un chacun peut donner son héritage venu de ses prédécesseurs, à telles personnes que bon lui semble, et autres que son héritier apparent, par le consentement dudit héritier apparent; autrement, le don ne doit sortir aucun effet.*

» Ces articles sont conçus en termes prohibitifs et négatifs; et si la coutume n'y eût pas apporté une exception, il est sensible qu'en Boulonnais, on n'aurait pas dû disposer de la moindre portion de ses propres.

» L'art. 88 est le seul qui contienne cette exception : il permet de donner entre-vifs ou par testament, sans le consentement de l'héritier présomptif, le Quint des héritages féodaux; et comme l'art. 62 réserve aux puînés, en succession de père et mère, un Quint de ces mêmes héritages, l'art. 88 ajoute que, pour distinguer de ce Quint celui dont il autorise la disposition, ce dernier sera appelé *Quint datif, et sera levé devant le Quint naturel, sur tous héritages féodaux et patrimoniaux.*

» Ces derniers termes ne veulent pas dire que la coutume permet de disposer généralement du Quint de tous les propres, soit féodaux, soit roturiers; si telle eût été l'intention des rédacteurs, ils n'auraient pas borné au Quint des propres féodaux, l'exception qui, dans l'art. 28, limite les dispositions des art. 92 et 124. Les premiers termes de l'art. 88 doivent nécessairement servir à l'interprétation des subséquens. Ceux-ci n'étant que la conséquence des autres, on ne peut leur donner un autre sens que celui qui leur convient, et qui résulte tant du texte que de l'esprit de cette disposition. Si la coutume, après avoir permis de disposer du Quint de tous les *héritages féodaux*, sans le consentement de l'héritier apparent, ajoute que ce Quint se lève *sur tous héritages féodaux et patrimoniaux*, c'est qu'en général, le mot *héritage* signifiant un immeuble, et les immeubles se divisant en propres et en acquêts, elle a voulu qu'on ne pût se méprendre sur la qualité des héritages féodaux dont elle permettait de donner ou léguer un Quint; c'est dans cette vue qu'elle a ajouté aux mots *héritages féodaux*, celui de *patrimoniaux*, avec une conjonctive qui les lie, et que par-là elle a désigné les fiefs propres.

» On prétend que les rotures sont comprises sous le mot *patrimoniaux;* mais cette expression, parfaitement synonyme avec *propres*, ne convient pas plus aux rotures qu'aux fiefs : et la coutume a si peu entendu parler des propres roturiers, que, d'un côté, elle n'a pas permis de disposer d'un Quint de tous les biens féodaux et roturiers, mais seulement d'un Quint des fiefs; et que, d'un autre côté, en disant que ce Quint se lève avant celui qui est réservé aux enfans puînés, le Quint des puînés ne se levant que sur les biens féodaux, celui qui doit être levé avant le leur, ne peut être pris que sur la même nature de biens.

» On oppose que l'art. 68 accorde aux enfans puînés, en succession de père et mère nobles, la valeur d'un Quint des héritages censuels. Mais cet article n'a aucune espèce de rapport avec les art. 92, 124 et 88; il ne contient qu'une réserve coutumière en faveur des puînés nobles, et non une faculté de disposer. Il est même restreint dans des bornes très-étroites, puisqu'il n'a lieu que dans une espèce de succession.

» Enfin, on se prévaut de quelques arrêts qui ont appliqué aux propres roturiers la disposition de l'art. 88. Mais 1° nous pouvons opposer à ces arrêts celui de la grand'chambre, du 15 mars 1712, rendu entre la demoiselle Campaignon et le sieur Delatre, notaire à Boulogne, qui déboute la première de sa demande en délivrance du legs du Quint des propres roturiers du Boulonnais, et la réduit au Quint des propres féodaux. 2° Ces arrêts n'ont point formé de jurisprudence en Boulonnais; les juges et les avocats de cette province n'en ont point adopté la décision; il y a plusieurs exemples récens de légataires uni-

versels qui n'ont pas osé demander le Quint des propres roturiers, quoique compris nommément dans leurs legs ».

Telles sont les raisons de Le Camus d'Houlouve. Voici maintenant celles qu'y opposent ses antagonistes.

L'art. 52 de l'ancienne coutume permet de donner le Quint *de ses héritages féodaux, patrimoniaux*. Les deux expressions sont distinguées par une virgule, et cela pour marquer que la coutume embrasse à la fois l'espèce, qui sont les héritages féodaux, et le genre, qui comprend toutes sortes de biens patrimoniaux. Le sens de cet article est donc que la coutume, en laissant une liberté générale de disposer du Quint des biens patrimoniaux génériquement, a commencé par déclarer que cette liberté s'appliquait même à l'espèce particulière, réservée aux héritiers du sang par le vœu général des coutumes. A plus forte raison n'a-t-elle pas entendu exclure de cette liberté les héritages roturiers, à l'égard desquels les coutumes, par un droit commun, laissent un pouvoir plus ample de disposer.

Ainsi, ce n'est pas pour exclure les autres héritages patrimoniaux, que l'ancienne coutume a désigné d'abord les héritages féodaux; elle ne l'a fait que parcequ'elle a cru que les fiefs avaient besoin d'une expression textuelle pour être compris dans la faculté qu'elle accorde, *indigebant speciali notâ;* et afin qu'on ne pût pas en conclure que les autres biens patrimoniaux, tels que les cotteries, n'étaient pas de libre disposition, elle les comprend après les fiefs sous le terme générique d'héritages patrimoniaux. Elle a placé d'abord l'espèce particulière des biens féodaux; elle a ajouté ensuite par une virgule, *patrimoniaux*, qui est le genre de tout bien propre, et ce genre renferme en soi la roture comme le fief.

Cet article de l'ancienne coutume a été conservé dans la nouvelle. On ne voit pas, dans le procès-verbal, que les réformateurs y aient proposé, aucun changement : on remarque seulement qu'ils ont eu l'attention de faire connaître que le Quint datif devait s'appliquer à toute espèce d'héritages patrimoniaux. L'ancienne coutume, en expliquant que le Quint datif se levait avec le Quint naturel, ne portait que ces mots : *sur tous les héritages féodaux, patrimoniaux.* La nouvelle a joute la particule *et*, et porte : *sur tous les héritages féodaux et patrimoniaux.* La conjonctive *et* montre que la disposition ne comprend pas seulement l'espèce particulière des biens féodaux, mais encore le genre de tous les biens patrimoniaux.

Telle est au reste l'interprétation qu'ont donnée à cet article, et les auteurs qui ont écrit, et les arrêts qui ont été rendus sur cette coutume. Ricard, aux mots *et patrimoniaux*, a ajouté cette note : *tant féodaux que roturiers; jugé par arrêt à l'audience de la grande chambre, le mardi 21 janvier 1670, suivant les conclusions de M. l'avocat général Talon.*

Boudot de Richebourg, dernier éditeur du coutumier général, observe aux mots *Quint datif*, que « c'est la portion des héritages » féodaux ou roturiers, desquels il est permis » de disposer ».

Le roi de Lozembrune, qui a commenté la coutume de Boulonnais, après avoir exercé avec distinction l'office de lieutenant général à la sénéchaussée de Boulogne, s'explique ainsi sur l'art. 88 : « Quoique l'expression de » la disposition du Quint des héritages féo- » daux semble, en quelque façon, en ex- » clure les héritages cottiers et roturiers, » néanmoins par un arrêt solennel, rendu » en notre coutume, le 21 janvier 1641, la » donation faite par Charles Bredoul, du » Quint de ses propres, tant féodaux que » cottiers, a été confirmée ».

Il ajoute que cet arrêt ayant été ensuite attaqué par requête civile, « par arrêt du » 21 janvier 1670, ouï sur ce M. l'avocat » général Talon, après trois audiences en- » tières de plaidoyer, la dame de Turgol fut » déboutée de sa requête ».

Sérieux, dans ses notes sur Lebrun, dit « qu'il y a eu encore un arrêt conforme, » rendu le 6 avril 1643, à la quatrième cham- » bre des enquêtes, qui a adjugé aux léga- » taires du sieur de Belledame, de la ville de » Montreuil-sur-Mer, les deux Quints, tant » sur les rotures que sur les fiefs ».

La même chose a été jugée (continue cet auteur) « par arrêt du 26 juillet 1764, rendu » en faveur des demoiselles de Bédonastre, » et le sieur Bonnet, leur curateur et tuteur, » contre le sieur de Tutil de Camy, tuteur » de son fils mineur, et mari d'une feue de- » moiselle de Bédonastre, ainée, au rapport » de M. Leprêtre de Lézonnet, conseiller de » grand'chambre. Me Maucler, avocat, écri- » vait pour les puinés, qui ont réussi : cet » arrêt a même adjugé aux puinés le Quint » naturel dans la coutume locale de Boulon- » nais ».

Le Camus d'Houlouve convient lui-même « qu'il y a un arrêt semblable, du 30 avril » 1751, rendu à la seconde chambre des en- » quêtes, au rapport de M. Brisson, entre » les héritiers du sieur de Belledame et la » demoiselle Marie-Madeleine Bocquelet, sa

» légataire universelle; lequel a infirmé une » sentence du bailliage de Montreuil, en ce » qu'elle n'avait adjugé à la demoiselle Bro- » quelot que le Quint des fiefs propres sis en » Boulonnais, et émendant quant à ce, lui a » adjugé le Quint des propres, tant féodaux » que roturiers sis en cette coutume ».

Il a été rendu depuis peu un arrêt qui met à cette jurisprudence le sceau de l'invariabilité.

L'appel était d'une sentence de la sénéchaussée de Boulogne, du 13 février 1775, qui avait renvoyé le sieur d'Héricault, héritier des propres du sieur d'Escaut, du chef des conclusions des sieur et dame Torsy, légataires universels, *tendant à avoir le Quint datif sur les rotures, comme étant ledit chef des conclusions contraire au texte de la coutume et à l'usage constamment suivi dans ce siège et la province.*

Cette sentence contenait, comme on le voit, un acte de notoriété bien précis pour l'opinion de Le Camus d'Houlouve; mais qu'est-elle devenue sur l'appel qu'en ont interjeté les sieur et dame Torsy? Nous l'apprenons de cet auteur lui-même dans une addition imprimée à la fin de son commentaire :

« Elle a été infirmée, (dit-il) par arrêt rendu à la grand'chambre, au rapport de M. Pasquier, le 22 avril 1777, en ce qu'elle n'avait pas adjugé aux sieur et dame de Torsy, elle légataire universelle du feu sieur d'Escaut, le Quint des propres roturiers de ce défunt : émendant quant à ce, la cour a fait délivrance aux sieur et dame de Torsy du Quint des mêmes propres roturiers, et a ordonné que son arrêt serait inscrit sur les registres de la sénéchaussée de Boulonnais.

» Peu après ce jugement (continue Le Camus d'Houlouve), j'ai prié M. Pasquier de m'en dire les motifs; si la cour s'était déterminée par ses précédens arrêts sur la même question, ou quels moyens des sieur et dame de Torsy elle avait adoptés. Ce magistrat m'a répondu que les précédens arrêts n'avaient point influé sur la décision de la contestation, que l'affaire avait été jugée de nouveau, que la cour avait pensé que l'art. 88 de la coutume de Boulonnais paraissait faire la distinction de deux natures de biens différens, du Quint desquels il permettait également de disposer; et qu'au surplus, la coutume d'Amiens permettant la disposition du Quint de tous les propres, soit féodaux, soit roturiers, cette coutume de la capitale de la Picardie pouvait servir d'interprétation à celle du Boulonnais ».

On peut voir à l'article *Quint naturel*, §. 2, n° 3, une observation qui donne un nouveau poids à cette dernière raison.

§. II. *Des personnes au profit desquelles on peut disposer du Quint datif.*

I. Tous ceux qui sont, en général, capables de recevoir des legs ou des donations, peuvent être donataires ou légataires du Quint datif. C'est ce que la coutume de Ponthieu décide fort clairement, art. 25 : « Un chacun » peut..... *à qui il lui plaît*..... donner et » léguer le Quint de tous ses héritages ».

On a remarqué plus haut que l'art. 100 de la coutume de Montreuil en dispose de même; et tel est l'usage constant et uniforme de toutes les autres coutumes de Quint datif.

II. La seule difficulté qu'il y ait à cet égard, si c'en est une, dérive du mot *Quint d'aumône* dont se servent quelques-unes de ces lois, et particulièrement celle d'Artois.

« La commune notion qu'on a du mot *aumône* (dit Maillart, art. 91, n° 33), donne-t-il lieu d'inférer ici qu'on ne peut pas léguer le Quint datif à des personnes notoirement aisées, puisqu'on ne fait l'aumône qu'aux pauvres.

» Cependant (continue cet auteur), le legs du Quint des fiefs est constamment valable, sans avoir égard à la qualité du légataire ».

C'est ce qu'enseigne aussi Bauduin, sur les mots *par don d'aumône* : « L'usage commun » (dit-il) ne s'arrête à la qualité de cette » clause, et si n'a égard si le légat est fait à » ung riche ou à ung pauvre ».

Cuvelier, dans son Recueil d'arrêts du grand conseil de Malines, page 353, rapporte des jugemens qui confirment cette interprétation : « Par sentence rendue, pre- » mièrement à la gouvernance d'Arras, le » 26 janvier 1598, confirmée au conseil d'Ar- » tois; le 12 juillet 1602, et par arrêt de la » cour, du 15 octobre 1604, sur le procès » entre messire Paul de Noyelles, chevalier, » seigneur dudit lieu, père et tuteur légitime » de demoiselle Anne de Noyelles, légataire » d'un Quint datif de deux parts de cinq de » la terre de Wimy, d'une part, et la dame » princesse de Ligne, héritière de dame Hé- » lène de Melun, comtesse de Berlaymont, » sa sœur, a été connu et décidé que le Quint » datif, qu'on dit, *aumône*, peut se léguer » aussi-bien au riche qu'au pauvre, d'autant » que l'aumône ne se considère point à l'égard » du donataire, mais à la volonté du testa- » teur, et se peut l'aumône faire au riche et » au pauvre ».

Maillard s'étend beaucoup sur les raisons qui ont fait admettre cette jurisprudence.

« Le nom d'*aumône* (dit-il) a appartenu d'abord aux legs faits aux églises et aux lieux pieux. De là vint (ajoute-t-il) qu'on donna le nom d'*aumônier* aux testateurs, puis aux exécuteurs testamentaires, ensuite à ceux qui étaient légataires : de là vint que l'*aumônier* était opposé, par nos anciens, au *parçonnier*, ou partageant, c'est-à-dire, le légataire à l'héritier. De là le principe établi dans les coutumes de prohibition d'avantages entre les les co-héritiers, *on ne peut être aumônier et parçonnier* (coutume de Lille, chap. 1, art. 7); et, parceque les églises ne pouvaient par elles-mêmes faire valoir tous les héritages qu'on leur laissait, elles les donnaient en fief ou en roture à des particuliers : on appelait ces infeodations ou ces baux à rentes, des aumônes, des aumôneries, et les possesseurs, des aumôniers (1).

» A l'exemple de cela, les seigneurs particuliers donnèrent aussi le nom d'aumôneries aux concessions féodales ou roturières qu'ils firent : et le nom d'aumôniers appartint aussi, par ce moyen, à leurs vassaux et tenanciers (2). D'où il suit que, par le mot d'*aumône*, nos anciens ont à la fin entendu, non-seulement la libéralité faite aux églises ou aux pauvres, mais encore celle qui était exercée envers toutes sortes de personnes; de telle manière que, par *aumône*, ils ont entendu le *bienfait* et la *largesse* des Latins ».

III. Le Quint datif des fiefs du père peut-il être donné ou légué aux puînés, en sus du Quint naturel que la coutume leur défère *ab intestat?*

L'affirmative n'est susceptible d'aucun doute; deux arrêts l'ont consacrée.

Le premier est rapporté en ces termes par l'annotateur de Ricard, sur la coutume d'Amiens, art. 57 : « Par arrêt du 24 mars 1683, » il a été jugé, à la troisième des enquêtes, » en faveur du sieur Nicolas de Lestoc, qu'un » père avait pu disposer, au profit des puînés, » du Quint des propres, quoiqu'ils eussent » en même temps le Quint naturel; et qu'ainsi » ils pouvaient avoir ensemble et le Quint » datif et le Quint naturel, l'un par succes- » sion, et l'autre comme légataires, quoiqu'il » n'y ait pas d'article dans cette coutume qui » admette le prélegs en ligne directe, et » encore que le testament n'ait pas expliqué » la volonté du défunt : mais on a eu égard » aux grands avantages des aînés ».

Le second arrêt est du 26 juillet 1764; nous l'avons rapporté ci-devant, §. 1, d'après l'additionnaire de Lebrun.

V. les articles *Prélegs*, *Héritier*, sect. 6, §. 10; et *Légataire*, §. 1, nº 4.

§. III. *De la forme dans laquelle il peut et doit être disposé du Quint datif.*

I. Il y a, en général, deux manières de disposer à titre gratuit : la donation entre-vifs et le testament. Peut-on employer indifféremment l'une ou l'autre pour le Quint datif?

Cette question est inutile pour les coutumes d'Amiens et de Péronne, qui ne mettent aucune borne à la faculté de donner entre-vifs; mais elle est importante pour celles d'Artois, de Boulonnais, de Ponthieu et de Montreuil, où l'on ne peut généralement disposer de ses propres que par l'une des trois voies dont nous avons parlé à l'article *Nécessité jurée*.

Ces quatre coutumes ne s'accordent pas sur notre question. La première ne permet de disposer du Quint datif que par un acte de dernière volonté; dans les trois autres, il est indifférent que la donation en soit faite entre-vifs ou à cause de mort.

On se rappelle les termes de la coutume d'Artois : « Il est permis à chacun de donner » *par disposition dernière, et non autre-* » *ment*...., un Quint de tous ses fiefs par don » d'aumône ». Ces mots, *et non autrement*, sont décisifs, surtout si on les rapproche de l'art. 76, qui ne met aucune exception à la défense qu'il fait de disposer entre-vifs sans l'une des trois voies. Aussi Roussel de Bouret, dernier commentateur de cette coutume, remarque-t-il, tome 2, page 96, qu'elle « per- »met encore moins de disposer des propres » par donations entre-vifs que par testament ».

Nous avons dit que les coutumes de Boulonnais, de Ponthieu et de Montreuil permettent aussi bien de donner entre-vifs que de léguer par testament, la portion des propres dont il s'agit ici. C'est en effet ce qu'établissent nettement l'art. 88 de la première, les art. 19 et 25 de la seconde, et l'art. 100 de la troisième.

II. Pour disposer valablement et avec effet du Quint datif, faut-il que le donateur ou testateur déclare expressément qu'il le fait par forme de Quint?

L'art. 4 de l'ancienne coutume d'Amiens l'exigeait ainsi en termes exprès. Voici comme

(1) Coutume de Nivernais, chap. 15, art. 9 et 13; Coquille *ibid.*; du Cange, aux mots *elecmosyna libera*.

(2) *V.* le traité du franc-alleu de Galand; *Leges comitis Montis fortis;* l'article *Tenure par aumône*, dans le glossaire du droit français; Altassera ou Hauteserre, *dissert. can. lib.* 3, *cap.* 16.

il était conçu : « Mais il ne pourrait disposer, » par testament et dernière volonté, de ses » propres héritages...., sinon du Quint seule- » ment, et par forme de Quint viager ou hé- » rédital, selon ce qu'il veut donner, qui est » à entendre que le testateur, en le faisant, » doit user de ce mot, *Quint par exprès*, qui » se nomme *Quint datif* ».

La nouvelle coutume d'Amiens et celles d'Artois, de Ponthieu et de Montreuil ne contiennent pas une disposition aussi étendue; elles portent seulement qu'on peut donner ou léguer le Quint *par forme de Quint* ou *par don d'aumône* : mais cela ne suffit-il pas pour qu'on regarde l'expression du *Quint* comme essentielle à la validité de la disposition qui en serait faite?

Le procès-verbal de la réformation de la coutume d'Amiens fortifie cette opinion : l'on y voit que les mots de l'ancienne coutume, *qui est à entendre que le testateur*, etc., n'ont été rayés que parcequ'on les a considérés *comme superflus et de nul effet*; ce qui semble annoncer que les rédacteurs ont trouvé l'explication des termes, *par forme de Quint*, inutile et suffisamment renfermée dans ces termes mêmes.

Cependant les commentateurs rejettent unanimement cette opinion, et il paraît qu'elle est également proscrite par la jurisprudence et l'usage.

Ecoutons Deheu, sur l'art. 57 de la coutume d'Amiens :

« Notre coutume ne permet la disposition des propres, sinon du Quint seulement, et par forme de Quint viager ou héréditaire; tellement qu'on pourrait dire qu'il faut précisément observer la forme qui nous est proposée, autrement l'acte demeure nul et sans effet.

» Mais il ne faut prendre le texte à la lettre, et suffit, pour satisfaire à la coutume, que la disposition n'excède le Quint des propres, cette dernière clause ayant été ajoutée pour nous montrer qu'il y a deux formes et manières de donner le Quint, savoir, par forme d'usufruit, et héréditablement et à toujours; et ainsi en termes exprès, sur l'interprétation de cet article a été décidé par arrêt solennellement prononcé en robes rouges par feu M. le président Brisson, le premier jour de juin 1582, par lequel damoiselle Marguerite Dault, femme autorisée par justice, et Pierre Dault, ont été tenus et décrétés de droit sur une maison sise à Amiens, pour sûreté de vingt écus de rente à eux légués par testament de défunte Marie Dault, passé le 8 août, 1570; et ce, jusqu'à la concurrence d'un Quint des propres d'icelle défunte, nonobstant le contredit de Nicolas Auxcouteaux, son héritier, qui soutenait ledit legs être nul, parceque lesdits vingt écus étaient propres à ladite défunte, et n'avaient été donnés par forme de Quint; et qui de fait avait obtenu sentence à son profit du bailli d'Amiens, qui a été infirmée par ledit arrêt ».

Duchesne, sur l'art. 19 de la coutume de Ponthieu, dit pareillement « qu'il n'est pas » nécessaire, pour faire valoir la donation » du Quint d'un héritage, que l'acte contienne » ces mots, *par forme de Quint*, dont la cou- » tume se sert ». C'est ce qu'il prouve par deux enquêtes par turbes, des 12 septembre et 13 octobre 1509.

Telle est aussi la doctrine de Maillart, sur l'art. 91 de la coutume d'Artois, n° 23 :

« Si le testateur (dit-il) ne lègue pas, à la vérité, le Quint datif, mais une somme d'argent qui ne puisse pas être perçue sur les meubles, ni sur les acquêts, ni sur les biens de libre charge, soit parcequ'il n'y en a pas dans la succession, soit parcequ'il n'y en a pas assez; pour lors l'héritier de ses propres sera tenu, ou de payer ce legs, ou ce qui s'en défaudra, ou bien d'abandonner au légataire le Quint datif, parceque ce Quint étant de libre disposition à cause de mort au testateur, il est sujet à l'accomplissement de ses dernières volontés.

» Le testateur est, en ce cas, censé avoir voulu léguer ce qui lui était libre, et n'avoir pas voulu de Quint, afin d'exciter l'héritier des propres à ne pas souffrir le démembrement de son fief ».

Maillart ajoute, n° 79, que son opinion a été adoptée « par arrêt du 7 septembre 1690, » rendu au rapport de M. Gaudart, à la pre- » mière, lequel déclara que le légataire devait » avoir distraction du Quint d'aumône sur » une terre d'Artois, encore que le testateur » n'en eût pas fait mention ».

C'est ce qui a encore été jugé, selon le même auteur, par trois autres arrêts rendus pareillement dans la coutume d'Artois, les 4 juin 1699, 22 juillet 1701 et 31 juillet 1702.

§. IV. *Quels sont les droits du donataire ou légataire d'un Quint datif?*

I. On a vu ci-devant que le legs ou la donation du Quint datif n'empêche point la distraction du Quint naturel au profit des enfans puînés du testateur ou donateur, et telle est la disposition expresse de l'art. 57 de la coutume d'Amiens : mais dans quel ordre se prennent-ils, en ce cas, l'un et l'autre? Quel est celui

des deux qui doit être levé le premier? Et doit-on, en liquidant le second, avoir égard à la distraction que le bien a déjà soufferte?

Les auteurs ne s'accordent pas sur ces questions.

Deheu soutient, sur l'art. 57 de la coutume d'Amiens, que le Quint datif doit se prendre avant le Quint naturel, et que celui-ci ne doit être levé que sur ce qui reste après la distraction de celui-là :

« Je suppose (dit-il) que les fiefs de la succession soient de la valeur de 2500 écus; le légataire aura pour son Quint 500 écus, et sur les 2000 écus restans, les puînés prendront un Quint qui se monte à 400 écus, le surplus demeurant à l'aîné pour sa prérogative d'ainesse.

» Que, si l'on dit le Quint des puînés n'être pareil et si grand que celui du légataire, la raison est pour ce qu'il prend le Quint même du Quint des puînés ».

Maillart dit la même chose : « Lorsque le » Quint féodal datif est légué, il faut que le » Quint naturel y contribue avec les quatre » Quints de l'aînesse; et pour cet effet, il con» vient de faire l'opération suivante : il faut » diviser la totalité féodale en vingt, dont » cinq vingtièmes seront attribués au Quint » datif, quatre vingtièmes au Quint naturel, » et onze vingtièmes à l'ainesse ».

Roussel de Bouret tient également, tome 1, page 345, « que, quand le Quint datif des » fiefs patrimoniaux est légué à un étranger, » comme il est permis par l'art. 91 de la cou» tume d'Artois, les puînés doivent prendre, » en ce cas, leur Quint sur les quatre Quints » restans ».

Mais Ricard est d'une opinion toute différente. Il convient, à la vérité, que le Quint naturel ne doit pas être pris avant le Quint datif; mais il soutient qu'ils doivent tous deux se prendre ensemble, et sans que l'un puisse diminuer l'autre. Voici comment il s'explique sur l'art. 57 de la coutume d'Amiens :

« Le legs que fait le testateur du Quint de ses fiefs, ne préjudicie pas au Quint coutumier des puînés : de sorte que, si un père a pour 25,000 livres de fiefs, et qu'il en lègue le Quint à un des puînés ou autre, le légataire aura 5000 livres pour son Quint, les puînés autres 5000 pour leur Quint coutumier, et l'aîné les 1500 livres restans.

» Deheu, sur cet article, est d'autre avis, et que, le Quint datif étant levé, les quatre Quints du surplus appartiennent à l'aîné, et le Quint restant aux puînés, qui n'auraient, par ce moyen, que 4000 livres. Mais ce serait diminuer le Quint coutumier et naturel des puînés, que cet article veut leur être réservé plein et entier; et même, quand il y aurait quelqu'ambiguité, il serait bien juste, en cette rencontre, de répondre en faveur des puînés, vu le désavantage qu'ils ont au partage des fiefs, qui est le fondement de cet article, et la raison pour laquelle il a voulu que le Quint destiné par la coutume pour les puînés, leur demeurât sans diminution ».

Dans cette diversité d'opinions, il nous paraît d'abord qu'il faut distinguer la coutume d'Amiens d'avec la coutume du Boulonnais.

Celle d'Amiens veut que le legs du Quint datif s'exécute *sans déroger au Quint naturel et coutumier appartenant aux enfans puînés.* Ces termes semblent insinuer que la distraction du Quint datif ne doit pas diminuer le Quint naturel, et confirment par conséquent l'avis de Ricard.

A l'égard de la coutume du Boulonnais, elle adopte expressément l'opinion de Deheu. On a vu ci-devant l'art. 88 de cette loi décider que le Quint datif *se lève devant le Quint naturel,* « par cette raison (dit Leroi de Lom» brune) que les enfans cadets succédant au » Quint naturel par la disposition de la même » coutume, comme l'aîné fait aux autres qua» tre Quints, il est juste qu'ils souffrent, à » proportion de leur hérédité, la diminution » du Quint datif, lorsque le testateur en a » disposé ». C'est cette raison qui a porté Maillart à étendre à la coutume d'Artois la disposition de celle du Boulonnais.

On pourrait cependant appuyer le sentiment de Ricard de raisons assez plausibles.

La coutume d'Artois ne donnant les fiefs aux aînés qu'à la charge d'en délivrer un Quint aux puînés, il ne paraît pas juste d'en distraire quelque chose qui puisse diminuer ce Quint; et il ne doit, ce semble, être question que de connaître la valeur de la totalité des fiefs, pour déterminer ce qui doit revenir aux puînés.

D'un autre côté, le Quint datif *devant également* être pris sur chaque *fief*, il ne faut qu'apprécier la valeur ou fixer l'étendue de ce fief, pour savoir en quoi il doit consister. Il ne s'ensuit pas de là que le Quint naturel paie le Quint datif, ni que le Quint datif paie le Quint naturel; non, mais seulement qu'il y a deux droits différens sur la même succession, et que le fief qui doit le Quint naturel, doit aussi le Quint datif; en quoi il n'y a certainement rien de déraisonnable.

II. Le Quint datif peut être laissé en pro-

priété ou en usufruit; et, lorsque le donateur ou testateur ne s'est pas expliqué sur ce point, on présume qu'il a voulu le laisser en propriété. L'art. 57 de la coutume d'Amiens en a une disposition formelle : « Et, si ledit Quint » est donné simplement, sans addition de » viager ou hérédital, icelui Quint, en ce » cas, est tenu et réputé hérédital ».

Duchesne établit la même chose sur l'art. 19 de la coutume de Ponthieu.

III. On verra, à l'article *Quint naturel*, que la coutume d'Amiens excepte de la liquidation de ce droit, dans chaque fief, le *manoir, pourpris et accints d'icelui*. Cette exception peut-elle s'appliquer au Quint datif?

Dufresne établit l'affirmative :

« Il faut observer (dit-il) que, dans le Quint des propres féodaux dont la coutume permet ici de disposer par testament, ne sont compris les Quints des principaux manoirs, bien qu'ils n'en soient exceptés par cet article : car ce point a été jugé premièrement par une sentence du bailli d'Amiens, du 12 décembre 1625, entre Me Antoine Vaillant, tuteur des enfans du premier lit de défunt Me Antoine Scourion, Joachim Dorchies, et Adrienne Scourion, sa femme, d'une part; et Me Pierre Liépart, tuteur des enfans du second lit dudit sieur Scourion, d'autre part, touchant le principal manoir du fief de Beugeudet.

» Et, depuis, par une autre sentence du 9 juillet 1636, confirmée par arrêt donné à la cinquième chambre des enquêtes, le 16 mai 1637, pour un nommé Pierre Pièce, marchand de la ville d'Amiens, pour lequel j'avais écrit au procès, contre Nicolas Dourlens, et Jeanne Hémart, sa femme; lequel arrêt sera inséré à la fin de cet ouvrage, pour servir de preuve en cette matière.

» Bien que la difficulté ne fût pas petite, en ce que la coutume, ayant ordonné en l'art. 72, qu'au Quint naturel et coutumier qu'elle réserve *ab intestat* aux puînés, ne seraient compris les Quints des principaux manoirs, pourpris et accints des fiefs, et qu'ils demeureraient aux aînés entièrement, n'a point fait une pareille exception à l'égard des Quints datifs, et qu'au contraire elle en permet la disposition indéfiniment; qu'ainsi, il semblait que l'estimation d'iceux en devait du moins appartenir aux légataires : mais la considération des aînés des familles et des principaux manoirs qui leur sont affectés ès fiefs, par préciput, sans exception, comme par une loi générale du royaume, l'a emporté justement contre cette faible présomption résultant de ce que la coutume n'en a point parlé ».

IV. Le Légataire du Quint datif des fiefs peut-il demander qu'on le lui fournisse en nature; ou dépend-il de l'héritier féodal de le lui donner en estimation?

Tous les auteurs qui ont traité cette question, se réunissent pour le dernier parti. Voici comment s'explique Maillart, sur la coutume d'Artois, art. 91, nº 28 : « La faveur » de la conservation des fiefs en leur entier » est si grande, que le propriétaire des » quatre Quints d'un fief n'est pas obligé de » délivrer en espèce le Quint datif; le légataire doit se contenter du prix en argent » comptant, et non pas en autres immeubles, parcequ'il n'est pas obligé de prendre » une autre espèce de fonds ». Roussel de Bourret dit la même chose, tome 2, page 222.

Cette opinion souffre d'autant moins de difficulté pour les fiefs, qu'elle doit même avoir lieu pour les roturés, parceque le legs d'un Quint est un legs de quote, et que l'héritier chargé d'une disposition de cette espèce, a toujours le choix de l'acquitter en nature ou en estimation. *V.* la loi 26, §. 2, D. *de legatis* 1º, rapportée à l'article *Legs*, sect. 5, §. 2, nº 2.

La coutume d'Amiens a, sur ce point, une disposition particulière; voici ce qu'elle porte, art. 59 : « Tout Quint hérédital donné par » entre-vifs ou par testament, sur aucun hé» ritage, peut-être racheté par le seigneur » des quatre parts, à raison du denier vingt, » dedans l'an que ledit Quint aura été de» mandé ».

V. Dans les coutumes qui limitent au Quint la faculté de donner entre-vifs, comme celle de disposer à cause de mort, telles que Boulonnais et Ponthieu, le légataire de ce Quint est-il obligé d'y imputer ce que le défunt a donné par acte entre-vifs, soit à lui, soit à un tiers?

Il ne peut y avoir aucun doute sur l'affirmative : elle résulte nécessairement de la défense que fait expressément la seconde de ces coutumes, art. 25, et que suppose l'art. 88 de la première, de *quinter* plus d'une fois *ses héritages*.

VI. L'art. 81 de la coutume d'Amiens et l'art. 175 de celle de Péronne décident, par rapport au Quint naturel, que la part des puînés qui, après l'avoir appréhendée, décèdent sans enfans ou sans en avoir disposé, *accroît aux autres puînés qui la veulent appréhender, et non à l'aîné*. Cette décision peut-elle être appliquée au Quint datif?

Brodeau, lettre D, §. 13, répond, d'après trois arrêts des 14 mars 1630, 12 juillet 1632, et 14 janvier 1633, qu'elle « doit avoir lieu, » non-seulement au Quint hérédital, mais » aussi au Quint datif ».

Cette assertion paraît, au premier coup d'œil, porter directement sur la Question que nous venons de proposer : mais Brodeau prouve lui-même le contraire, par l'explication qu'il donne aux mots *Quint datif*; voici comment il s'exprime : « C'est-à-dire, en ce » qui a été donné par les pères et mères à » leurs puînés, prévenant l'office de la cou- » tume, au lieu et jusqu'à concurrence de » leur Quint, comme étant *subrogé* au lieu » du Quint *hérédital*, et sujet aux mêmes » règles et maximes; et, comme la provision » et disposition de l'homme fait cesser celle » de la loi et de la coutume, en ce qui ne » choque point le droit public, ainsi, lorsque » le particulier fait un acte ou un contrat » relatif à la coutume, il fera le même effet » que ferait la coutume, cessant sa disposi- » tion, comme a singulièrement décidé Du- » moulin, sur la coutume de Tours, art. 268 ».

On voit que Brodeau donne ici aux mots *Quint datif*, une signification toute différente de celle qu'on leur attribue communément. C'est ce qu'observe Ricard, sur l'art. 81 de la coutume d'Amiens, où il fait en même temps sentir la différence qu'il y a, par rapport au droit d'accroissement, entre le Quint naturel et le Quint datif.

« Il est nécessaire (dit-il) d'observer que, dans l'usage de cette coutume d'Amiens, aussi bien que dans celle de Mondidier, le Quint datif n'est pas proprement celui qui est donné pour tenir lieu du Quint hérédital, mais le Quint que les pères et mères peuvent donner à leurs puînés par leurs testamens, et par-dessus le Quint hérédital.

» Ce qui étant supposé, il paraît que les arrêts rapportés par Brodeau, n'ont pas jugé la Question touchant le Quint proprement datif, à l'égard duquel même j'estime que la décision doit être contraire, et que les puînés ne peuvent pas le prétendre par droit d'accroissement, au préjudice de leur aîné; mais que l'un des puînés venant à décéder, la part qu'il avait dans les fiefs, à cause du Quint datif, doit appartenir entièrement à l'aîné, en vertu des art. 84 et 85; d'autant, que cet art. 81 n'ayant introduit cette prérogative particulière en faveur des puînés que pour le Quint hérédital, il ne peut pas être étendu au-delà de ses limites, ni avoir lieu à l'égard du Quint datif, dont cet article ne parle point, lequel conséquemment doit être gouverné par la disposition générale des autres articles, et le surplus des successions ».

§. V. *Des charges du Quint datif.*

Les charges d'un legs de Quint datif sont les mêmes que celles de tout autre *legs* de quotité.

Ecoutons Maillart, sur l'art. 91 de la coutume d'Artois, n° 21 : « Le légataire du Quint » datif, quand même il serait héritier du » Quint naturel, doit payer les dettes à pro- » portion de ce Quint datif, parceque c'est » un legs universel partiaire, lequel est sujet » aux dettes; au lieu que le legs particulier » n'y est pas sujet : mais, ce légataire im- » mobilier partiaire aura son recours pro- » portionnel contre l'héritier des meubles, » à raison de l'émolument : car, en Artois, » le mobilier, les acquêts et le Quint datif » acquittent les dettes ».

Telle est, en effet, la jurisprudence actuelle de la province d'Artois; elle a été fixée par un arrêt du 7 juillet 1737, que rapporte le même auteur sur l'art. 187, et qui ordonne que les immeubles disponibles contribueront aux dettes avec les meubles.

Cette jurisprudence est contraire, sur ce point, à celle qui est reçue dans la coutume de Péronne, et sur un autre, aux principes admis, tant dans cette même coutume que dans celles d'Amiens, de Ponthieu, de Boulonnais et de Montreuil.

1° L'art. 198 de la coutume de Péronne fait entendre très-clairement que les immeubles disponibles ne contribuent aux dettes qu'au marc la livre, avec les réserves coutumières. On ne peut donc pas dire dans cette coutume, comme dans celle d'Artois, que l'héritier des quatre Quints soit exempt des dettes relativement au légataire du Quint datif.

2° Les coutumes de Péronne, d'Amiens, de Boulonnais, de Ponthieu et de Montreuil ne chargent les immeubles, même disponibles, du paiement des dettes du *défunt*, que lorsque la succession mobilière se trouve entièrement épuisée. Le légataire du Quint datif n'est donc pas tenu, dans ces coutumes, comme dans celle d'Artois, de contribuer aux dettes avec l'héritier ou légataire universel des meubles : celui-ci est, au contraire, obligé de le garantir contre tous les créanciers de la succession.

Duchesne, sur l'art. 19 de la coutume de Ponthieu, observe que « si les biens libres » du défunt ne suffisaient pas pour l'acquit » des dettes, le Quint des héritages donnés

» entre-vifs serait tenu d'acquitter les quatre » autres Quints de l'héritier ».

§. VI. *État actuel de la législation sur cette matière.*

La suppression du régime féodal, prononcée par les lois du 4 août 1789, ayant fait cesser, ainsi que l'a déclaré formellement l'art. 13 du tit. 1 de la loi du 15-28 mars 1790, *tous les effets que les coutumes, statuts et usages avaient fait résulter de la qualité féodale des biens*, les textes des coutumes qui autorisaient la disposition du Quint des propres féodaux, sans autoriser en même temps celle des propres roturiers, se sont trouvés, dès-lors, abrogés. Mais le tort que faisait aux puînés ce nouvel ordre de choses, a été compensé, au moment même, par l'art. 11 de la loi citée, lequel a ordonné qu'à l'avenir, les ci-devant fiefs seraient partagés également entre tous les héritiers, sans distinction de sexe ni d'âge.

A l'égard des coutumes qui permettaient la disposition du Quint des propres roturiers, l'abrogation en a été prononcée par la loi du 17 nivôse an 2, qui, d'une part, a aboli toute distinction entre les propres et les acquêts; et, de l'autre, a limité la faculté de disposer au dixième des biens en ligne directe descendante, et au sixième en ligne ascendante et collatérale.

Aujourd'hui, la disponibilité des biens est circonscrite dans des bornes moins étroites. *V.* les articles *Portion disponible*, *Portion indisponible* et *Réserve*.]]

QUINT NATUREL. On appelle ainsi, dans les coutumes d'Artois, de la châtellenie de Lille, de la gouvernance de Douai, de la châtellenie de Bailleul, de Cassel, de Tournai, d'Amiens, de Péronne, de Montreuil, de Chauny, de Boulonnais, de Ribemont, de Coucy, de Noyon, de Saint-Quentin et de Ponthieu, la portion que ces coutumes accordent aux puînés dans les biens qu'elles laissent en totalité aux aînés.

Le Quint naturel est *héréditaire* ou *viager*: il est héréditaire, c'est-à-dire, déféré aux puînés en toute propriété, dans les onze premières coutumes citées; il est viager, et conséquemment borné à un simple droit d'usufruit, dans les cinq autres.

Toute cette matière peut se réduire à quatre objets principaux:

Dans quelles successions, et en faveur de quelles personnes y a-t-il lieu à la distraction du Quint naturel?

Comment se fait cette distraction? En quoi consiste le Quint? Quels sont, à cet égard, les droits et la condition des puînés?

A qui retourne le Quint, par la mort ou à défaut d'appréhension de chacun d'eux?

[[Quel est, sur tout cela, l'état actuel de la législation?]]

§. I. *Dans quelles successions et en faveur de quelles personnes y a-t-il lieu à la distraction du Quint naturel?*

Pour résoudre cette Question, il faut considérer les successions sous quatre aspects différens, c'est-à-dire, et par rapport aux biens qui les composent, et par rapport aux personnes de qui elles viennent, et par rapport aux héritiers qui les recueillent, et par rapport au temps où elles s'ouvrent.

I. Des seize coutumes qui parlent du Quint naturel, il y en a quatorze qui n'y soumettent que les fiefs; et toutes, à l'exception de celles de Bailleul et de Cassel, y soumettent les fiefs acquêts, comme les fief spropres; mais celles-ci portent, rubr. 7, art. 4. et 67: « Après la mort d'un homme de fiefs, son » enfant aîné, héritiers féodal, emportera » tous les fiefs *qui auront fait souche*, sauf » que les enfans puînés en emporteront et » profiteront du cinquième ».

Les deux coutumes qui étendent le Quint hors des successions féodales, sont celles de Boulonnais et de Ponthieu.

L'art. 91 de la coutume de Boulonnais soumet au Quint naturel tous les propres tenus en roture: « Chacun peut, par don d'entre- » vifs ou en dernière volonté, donner en » avancement d'hoirie à son héritier appa- » rent au jour dudit transport, ses héritages » à lui venus de la succession de ses prédé- » cesseurs, sans le consentement de ses au- » tres enfans, parens et amis, *à la charge* » *toutefois du Quint naturel aux puînés* ».

Mais cette disposition n'a lieu que pour les nobles: c'est ce qui résulte du procès-verbal de la rédaction, où les commissaires s'expriment ainsi: « Quant au soixante-neuvième » (article de l'ancienne coutume), après » avoir par nous remontré qu'il était fort » rude et contre tout droit que les puînés ne » prennent aucune chose aux rotures et cot- » teries, auraient les nobles accordé que le » frère aîné serait tenu bailler auxdits puînés » la juste valeur du Quint desdits roturés en » deniers ou rente rachetable au denier » seize, lesquels deniers lesdits puînés se- » raient tenus employer en héritages sor- » tissans pareille nature et condition; ce qui » aurait été empêché par les gens du tiers- » état. Et, après avoir ouï les raisons d'une

» part et d'autre, aurions ordonné que ledit » article demeurerait comme devant; et » depuis.... a été accordé par tous les nobles, » ayant égard aux remontrances par nous » faites sur le soixante-neuvième article, aura » lieu et sera dorénavant gardé et observé » entre tous les nobles ».

Il est sans doute étonnant que le tiers-état se soit opposé à l'introduction du Quint sur les rotures, tandis qu'il l'a laissé subsister sur les fiefs. Mais la loi est portée; et quelque peu judicieuse qu'elle soit, il faut s'y conformer.

A l'égard de la coutume de Ponthieu, où l'aîné est seul héritier de toutes les espèces de biens, elle semble décider, par l'art. 3, que les puînés n'ont pas de Quint à prétendre dans les meubles ni dans les acquêts. Voici comment il est conçu : « *Item*, quand aucun » va de vie à trépas *intestat*, délaissant aucuns » meubles et héritages situés en ladite comté, » et aucun héritier en ligne directe, il n'y a » qu'un héritier en Ponthieu qui succède au » trépassé en l'universel droit des meubles et » acquêts d'icelui trépassé ».

L'art. 59 paraît confirmer cette idée, en n'assujétissant au Quint naturel que les *héritages*, c'est-à-dire, les biens qui étaient venus au défunt à titre héréditaire, et par conséquent les propres. Ce texte porte : « Par » la coutume générale de ladite comté, quand » aucune personne, jouissant et possédant » aucuns héritages situés en ladite comté, » va de vie à trépas, délaisse aucuns enfans, » autres que l'héritier auquel appartient la » succession, le Quint viager desdits héri- » tages appartient aux autres enfans ».

Duchesne, dans son commentaire sur cette coutume, observe que « cet article semble » ne donner le Quint viager que sur les héri- » ges, comme on le jugeait autrefois. Mais » (ajoute-t-il) l'art. 1 paraît le donner sur » tous biens meubles et immeubles, comme » on le juge à présent ».

Voici, en effet, ce que porte l'art. 1 : « Quand aucune personne jouissant et pos- » sédant d'aucuns biens, meubles ou immeu- » bles, choses foncières, réelles et proprié- » taires, situées en ladite comté, soit qu'elles » soient tenues noblement et en fief, ou » cottièrement, et qu'elles soient de l'acquêt » ou héritage du trépassé, s'il décède *in-* » *testat*, et qu'il délaisse en ligne directe » plusieurs de ses enfans, soit mâles ou femel- » les, à l'aîné mâle d'iceux appartient la suc- » cession, supposé qu'il y eût femelles aînées » dudit mâle; et, si la succession échet entre » femelles, sans qu'il y ait mâle aussi pro- » chain qu'elles au défunt, à l'aînée d'icelles » femmes appartient la succession, sauf que » les autres enfans du trépassé y ont un Quint » viager seulement, si appréhende[illegible] veu- » lent ».

On voit qu'il n'est guère possible de restreindre aux propres la distraction du Quint qui est ordonnée par cet article; ce serait forcer, en quelque sorte, les termes de la coutume; et assurément elle est déjà assez injuste envers les puînés, pour qu'on interprète ses dispositions en leur faveur.

Au reste, l'usage est constant sur ce point, « Il y a (dit l'annotateur de Duchesne, » art. 59) un arrêt de 1573, qui infirme la » sentence du sénéchal de Ponthieu, et ad- » juge à Gabrielle Coulon, fille puînée, son » Quint viager sur les acquêts et sur les » meubles ». Le même auteur rapporte, sous l'art. 3, un acte de notoriété, du 28 juillet 1682, qui atteste pareillement cet usage.

Les puînés, en Ponthieu, prennent-ils le Quint sur la réserve de l'édit des secondes noces?

L'affirmative est regardée comme une maxime constante. « Elle est établie (dit Du- » chesne, art. 1), par une sentence du 10 » mars 1660, entre François et Nicolas Pan- » chet, enfans du nommé Panchet, boulanger. » Cette sentence décide que ce qui avait été » donné par Panchet à sa femme, qui s'était » remariée, appartenait, après sa mort, à » l'aîné des deux frères, sauf un Quint viager » au cadet ».

C'est ainsi, ajoute l'annotateur de cet interprète, art. 59, « qu'il faut entendre la note » de Bourdot de Richebourg, sur l'art. 1, où » il cite deux arrêts, l'un de 1597 et l'autre » de 1682, qui jugent que le fils ou la fille » aînés succèdent seuls à l'avantage fait par » la première femme du père commun, qui » convole, et qui, par là, perd la propriété » de cet avantage: en sorte que, si l'aîné du » premier lit a des puînés du même lit, le » Quint viager leur appartient ».

Les biens dont un père ou une mère ont disposé entre-vifs, sont-ils *soumis*, dans leur succession, à la distraction du Quint des puînés?

Cette question a été prévue par trois coutumes, et elles l'ont unanimement décidée pour la négative.

La première est celle de la châtellenie de Lille, tit. 3, art. 10 : « Quint n'est dû sur » fiefs possessés et appréhendés à titre par- » ticulier; ains seulement sur fiefs appré- » hendés et possessés à titre universel ».

La seconde est celle de la gouvernance de Douai, chap. 3, art. 2 : elle est conçue dans les mêmes termes que la première.

La troisième est celle de Ponthieu; voici ce qu'elle porte, art. 60 : « Quand aucun, » ayant plusieurs enfans, donne à l'un d'i- » ceux, par don d'entre-vifs, aucuns immeu- » bles et héritages par le consentement de » son héritier apparent, ou quand le don est » fait audit héritier apparent d'hoirie et » succession, et le donateur s'en dessaisit et » en fait saisir le donataire; en cette forme, » tous les autres enfans sont privés de jamais » y demander aucun droit et portion de » Quint naturel ».

Duchesne fait, sur ce texte, une remarque importante :

« Quoiqu'il soit (dit-il) porté par cet arti- » cle, que le Quint viager ne peut être pris » sur les biens donnés entre-vifs, il faut » néanmoins distinguer; car, lorsque les » biens qui restent dans la succession, ne » sont pas suffisans pour fournir le Quint » viager des puînés, qui se règle eu égard à » tous les biens du défunt donnés entre-vifs, » cette règle cesse; en sorte que cet article » n'a lieu que lorsqu'il y a assez de biens dans » l'hérédité pour le fournissement du Quint » viager, à raison des biens donnés et exis- » tans ».

Duchesne ajoute qu'il en a été ainsi jugé à la sénéchaussée d'Abbeville, par quatre sentences qu'il rapporte, l'une sans date, la deuxième de 1614; la troisième de juin 1621, et la quatrième du 13 septembre 1640.

« Cette jurisprudence (dit son annotateur) est encore attestée par acte de notoriété, du 15 juillet 1724.

» Mais (continue-t-il) les donataires entre-vifs ne sont tenus de contribuer au fournissement du Quint viager qu'après l'épuisement des biens qui restent dans la succession du donateur, de la même manière qu'on le pratique à l'égard de la légitime. Cet usage est appuyé sur plusieurs jugemens, particulièrement sur une sentence de 1614, qui infirme celle du bailli de Waben; sur un arrêt de 1642, confirmatif d'une sentence de cette sénéchaussée ».

II. Il y a deux coutumes où le Quint a lieu en ligne collatérale comme en ligne directe : ce sont celles de Chauny et de Coucy.

La première est plus générale que l'autre; en voici les termes, art. 78 : « En ligne col- » latérale, droit d'aînesse a lieu comme en » ligne directe; et y ont les puînés, nobles » droit de Quint héréditat ».

La seconde est ainsi conçue, art. 7 : « Entre » nobles en ligne collatérale, emporte l'aîné » tous les fiefs, à la charge de Quint à vie; » mais, s'il n'y a que filles, elles partiront » également ».

Dans les autres coutumes, les successions directes sont les seules qui soient sujettes à la distraction du Quint naturel.

L'art. 9 du chap. 2 de celle de la gouvernance de Douai en contient une disposition textuelle : « Tous fiefs et nobles tènemens » indifféremment en ligne collatérale, suc- » cédent, appartiennent et échéent à l'aîné » mâle en pareil degré, ou bien, en faute de » mâle, à l'aînée femelle aussi en pareil degré, » sans quelque charge ou droit de Quint aux » consanguins et lignagers en pareil degré ».

C'est aussi ce que porte l'art. 99 de la coutume d'Artois : « En succession de fiefs » échéant, en ligne collatérale, à l'aîné mâle » en pareil degré, ou, en défaut de mâle, à » l'aînée femelle appartiennent iceux fiefs, » et sans charge de Quint ».

La coutume de Tournai, chap. 11, art. 12, décide pareillement « qu'il n'est dû aucun » Quint en succession collatérale ».

Ces dispositions forment le droit commun de toutes les coutumes semblables.

Il faut même remarquer qu'il y a plusieurs de ces coutumes où le Quint n'a lieu, dans les successions directes, qu'en faveur des enfans au premier degré. Telle est celle d'Artois, dont l'art. 95 déclare, que « fiefs ne se » quintient, sinon en succession de père et » de mère, et non en succession de grand'- » père ou grand'mère, ni autrement ».

Telle est encore celle de la gouvernance de Douai, chap. 2, art. 7 : « Le droit de Quint » des fiefs échest seulement en ligne directe » descendante du père et de la mère aux en- » fans, et non en autres ne plus loingtains » degrés ».

Celle de Boulonnais doit être mise dans la même classe : « Entre neveux ou nièces (dit- » elle, art. 76), desquels les pères et mères » sont morts, prétendant la succession de » leur grand'père ou mère, l'aîné mâle d'iceux » neveux succède *entièrement* en tous les hé- » ritages de sesdits grand'père ou mère; et, » s'il n'y a point de mâle, la nièce aînée y suc- » cède, et n'y ont tous les autres neveux ou » nièces *aucune* part ou portion ».

On trouvera, sans doute, qu'il faut placer sur la même ligne la coutume de la châtellenie de Bailleul, celle de la châtellenie de Cassel et celle de la châtellenie de Lille. Voici les termes de la première, rubr. 7, art. 7, et de la seconde, art. 69 : « Personne ne pourra de-

» mander le susdit cinquième, que les frères » ou sœurs, et du décès du père ou de la mère » *seulement* ». La troisième porte, tit. 3, art. 1 : « Appartient *seulement* ledit droit de » Quint aux enfans par le trépas de père ou » de mère ».

Le mot *seulement*, employé dans ces trois articles, est, par lui-même, trop restrictif, pour qu'on puisse appliquer ici l'axiome que l'aïeul est compris sous le nom de père. Dailleurs, le Quint est peu favorable relativement aux fiefs ; il en opère le démembrement, comme on le verra ci-après : aussi Maillart remarque-t-il qu'on ne l'a introduit qu'avec peine dans les coutumes où il est maintenant reçu.

Il est vrai que Baudoin, sur l'art. 65 de l'ancienne coutume d'Artois, portant que *fief ne se quintient, sinon en succession de père et de mère*, est d'avis que, « quoique les » praticiens veulent calidiner, la raison natu- » relle requiert que autant soit à la succes- » sion de l'aïeul ou de l'aïeule, et que, par » ces mots, ne soit exclue que la succession » collatérale ».

Mais 1° l'ancienne coutume d'Artois ne se servait pas du mot *seulement* qui se trouve dans celles des châtellenies de Lille, de Cassel et Bailleul. 2° Une preuve que l'interprétation de Baudoin n'était pas conforme à l'esprit des coutumes qui limitent expressément l'exercice du droit de Quint aux successions des pères et des mères, c'est qu'on ne s'y est point arrêté dans la réformation de la coutume d'Artois, et qu'on l'a au contraire rejetée par une disposition formelle.

La coutume de Tournai déclare, chap. 11, art. 12, que « le droit de Quint a lieu entre » frères et sœurs *seulement*, sans représen- » tation ». Ce texte prouve bien clairement qu'il faut appliquer à cette coutume ce que nous venons de dire de celles de la châtellenie de Lille, de Bailleul et de Cassel. En effet, il limite en termes exprès l'exercice du droit de Quint au cas où les frères et les sœurs concourent à une même succession ; de là, cette conséquence, qu'il le rejette dans le cas où les enfans d'un fils succèdent à un aïeul avec les enfans d'un autre fils : et si le droit de Quint n'a point lieu en ce cas, dans la succession d'un aïeul, pourquoi y serait-il admis, lorsque ce sont tous petits-enfans d'une même souche qui succèdent? Assurément, il n'y a point de raison pour mettre entre l'une et l'autre hypothèse une différence plausible. Il faut donc tenir pour constant que le Quint est restreint, par cette coutume, comme par celles qu'on a précédemment citées, à la succession des pères et des mères.

II. Cette restriction paraît avoir son principe dans l'exclusion que font toutes ces coutumes, de la représentation, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale. De là, en effet, il résulte qu'elles n'ont pu étendre à la succession des aïeuls et des aïeules l'exercice d'un droit qu'elles n'avaient établi que pour celle des pères et des mères. Car, quel pourrait être le fondement de cette extension? Il n'y en aurait point d'autre que la fiction par laquelle les petits-enfans seraient censés succéder, non-seulement à la place de leur père ou mère, mais encore à leur père ou mère même, comme si ceux-ci avaient recueilli avant eux, et leur avaient transmis les biens de l'aïeul ou aïeule; car cette fiction est la suite nécessaire de la représentation en ligne directe (1). Or, cette fiction ne peut pas avoir lieu dans les coutumes qui excluent toute représentation. Conséquemment point de Quint dans les successions que les aïeuls ou aïeules laissent dans ces coutumes.

Cette conséquence en amène deux autres bien intéressantes.

La première est que Duchesne s'est trompé, en avançant, d'après une sentence rendue à *Abbeville*, le 21 juillet 1713, que, « dans la » coutume de Ponthieu, où la représentation » n'est pas admise, les petits-enfans étaient » compris sous le nom d'enfans, il faut donner » aux cadets et cadettes des petits-enfans, un » Quint viager dans les biens de leur aïeul ». Cet auteur eût sans doute pensé différemment, s'il avait fait attention à la connexité qu'il y a, en cette matière, entre l'exclusion du droit de représentation en ligne directe, et la disposition des coutumes citées plus haut, qui n'admettent le Quint naturel que dans les successions de père et de mère : connexité qui résulte, comme on vient de le voir, de la nature même de la représentation, et se prouve d'ailleurs par les décisions uniformes des coutumes qui rejettent ce droit. Au reste, la sentence sur laquelle se fonde Duchesne, mérite d'autant moins d'égards, que lui-même est forcé de convenir qu'elle est contraire, sur un autre point, à l'art. 15 de la coutume de Ponthieu.

L'autre conséquence que nous avons annoncée, est relative à la coutume d'Artois. L'art. 98 de cette loi municipale porte que

(1) *V.* l'article *Représentation (droit de)*, sect. 2, §. 7, n° 10.

représentation n'a lieu en matière de succession; et c'est de là que dérive, suivant ce que nous venons de dire, l'exclusion qu'elle fait du droit de Quint dans les successions des aïeuls ou aïeules. Mais, par un édit du mois d'août 1775, qu'on trouvera au mot *Représentation (droit de)*, cet article a été restreint, par rapport aux fiefs, aux successions des personnes nobles. Ainsi, depuis ce temps, le Quint doit avoir lieu dans les successions des aïeuls ou aïeules roturiers, comme dans celles des pères ou mères. Nous n'oserions pas assurer que cette conséquence soit déjà universellement adoptée en Artois; mais elle nous a paru l'être par de très-habiles jurisconsultes de cette province, et il y a tout lieu de croire que, tôt ou tard, elle sera érigée en maxime.

Il est vrai que Maillart, s'expliquant sur cette question par rapport à la représentation conventionnelle, la seule qui fût admise en Artois lorsqu'il écrivait, l'a résolue dans un sens tout opposé à l'opinion que je mets ici en avant. Voici de quelle manière il s'explique, art. 95, nos 5 et 6 :

« Quand, en conséquence du rappel, les petits-enfans viennent à la succession de leurs aïeuls, concurremment avec leurs oncles ou tantes, la succession est pour lors partagée au premier degré, puisque ces oncles ou tantes sont les fils ou les filles de cet aïeul; on ne fait que donner pour lors la part du décédé, qui était aussi au premier degré, aux enfans du second degré.

» Ainsi, les fiefs sont alors quintés entre les oncles, tantes, et les représentans : mais comme, entre ceux-ci, c'est effectivement une succession d'aïeul qui est partagée, il n'y a pas lieu au Quint entre eux; parcequ'e les représentans succèdent à leur aïeul; et non pas au représenté ».

Mais il serait bien difficile d'accorder entre elles les deux parties de cette doctrine.

D'abord, Maillart convient que la représentation donne à un petit-fils le droit de quinter à l'encontre de son oncle, frère aîné de son père prédécédé : conçoit-on, d'après cela, comment il pourrait n'avoir pas le même droit envers son cousin-germain, fils de cet oncle? Conçoit-on comment plusieurs petits-enfans d'une même branche, qui, par représentation de leur père, auraient pris un Quint à l'encontre d'un enfant du premier dégré, ne devraient pas le partager entre eux comme venant de la succession de leur père même?

Sans doute, en ce cas, c'est à l'aïeul qu'on succède et non pas au père; mais que signifie cette maxime, si ce n'est qu'il ne faut point être héritier de celui-ci, pour exercer ses droits dans la succession de celui-là? En est-il moins constant qu'on est censé, par la représentation, prendre de la main de l'un ce qu'on recueille des biens de l'autre? Si la représentation à l'infini en ligne collatérale fait qu'entre les héritiers d'une même branche qui ont pris part à la succession d'un frère, d'un oncle ou d'un cousin, la subdivision se règle de la même manière que si leur auteur commun avait recueilli lui-même cette part, et qu'il s'agit de la diviser entre eux dans sa propre succession (1), pourquoi ne produirait-elle pas cet effet en ligne directe, et ne ferait-elle pas également considérer les biens d'un aïeul, entre les mains de ses petits-enfans, comme venant de leur père même?

IV. Il y a, à la vérité, des coutumes, telles que Noyon, Saint-Quentin et Ribemont, où la représentation est admise, sans que le droit de Quint y ait lieu, relativement aux successions des aïeuls et aïeules; mais c'est par une raison qui leur est tout-à-fait particulière, c'est parcequ'elles exceptent ce droit même de la représentation qu'elles adoptent d'ailleurs indéfiniment. Ainsi l'a jugé un arrêt du 13 mars 1700, dont voici l'espèce.

Du mariage de Jean de Grouchet avec Suzanne Lanvin, sont issus cinq enfans : Philippe, l'aîné, Jean, Jacques et Charles tous trois morts sans enfans avant leur père, et Anne, mariée à Sidrac de Picquet, qui est aussi prédécédée et a laissé quatre enfans.

Jean de Grouchet meurt, et laisse pour héritiers son fils Philippe et les enfans de sa fille.

Ceux-ci demandent la moitié des meubles et des rotures de leur oncle, et l'obtiennent sans difficulté.

Ils prétendent, en outre, le Quint viager de la terre de Janury, située dans la prévôté de Noyon; mais leur oncle le leur conteste.

La cause portée au bailliage de Noyon, sentence intervient par forclusion, qui adjuge aux neveux le Quint dont ils forment la demande.

Sur l'appel, l'oncle soutient que le droit de Quint à vie n'est accordé aux cadets que pour leur subsistance, qu'il leur est personnel, et que leurs descendans ne peuvent pas l'exercer à leur défaut.

« Pour décider (dit-il) la question par ses véritables principes, il faut d'abord regarder la coutume de Noyon et celles qui ont le même

(1) *V.* l'article *Représentation (droit de)*, sect. 2, §. 4, no 10.

esprit, telles que Ribemont, Coucy, Saint-Quentin, etc., comme des coutumes toutes favorables à l'aîné noble, et animées de cette raison politique qu'il faut tout sacrifier à la conservation de l'éclat des familles. Dans ces coutumes, les fiefs se partagent entre roturiers; mais entre les nobles, ils sont indivisibles; l'aîné y succède seul; la loi le reconnaît seul héritier des biens féodaux; en ligne collatérale, il n'est chargé de rien; en ligne directe, il est obligé de souffrir la distraction d'un Quint à vie au profit de ses frères et sœurs et pour leurs alimens : mais, bien loin que ce Quint passe à leurs enfans lorsque l'un des puînés vient à mourir, sa part accroît aux survivans jusqu'au dernier qui tient tout, et, par sa mort, la réunion s'en fait à la propriété de l'aîné.

» L'art. 2 de la coutume de Noyon y est précis : *Entre nobles, quand aucun va de vie à trépas, délaissant plusieurs enfans, le fils aîné succède en tous les fiefs et nobles ténemens, à la charge d'un Quint à ses puînés, soit fils ou filles.* L'art. 3 ajoute : *Et où il n'y aurait que filles, la fille aînée succède pareillement en tous lesdits fiefs, à la charge du Quint à vie à ses sœurs puînées.* L'art. 59 de la coutume de Ribemont porte : *En ligne directe, quant aux nobles, pour raison des fiefs, n'y a qu'un héritier principal, qui est l'aîné mâle, là où il n'y a que mâles, et l'aînée fille, quand il n'y a que filles : tellement que tous les puînés n'ont qu'un Quint viager, qui retourne à l'aîné après le décès de tous lesdits puînés, le dernier vivant tout tenant.*

» La même disposition est consignée dans les art. 33, 34 et 37 de la coutume de Saint-Quentin.

» Il faut conclure de là qu'entre nobles, l'aîné est seul héritier des fiefs, sous une charge attachée aux personnes, et limitée à la vie des cadets; qu'il doit un Quint à ses frères et sœurs, et qu'il ne le doit pas à ses neveux ou arrière-neveux. Aussi de toutes les coutumes qui parlent du Quint à vie, ne s'en trouve-t-il pas une qui le donne aux petits-enfans dans la succession de l'aïeul; elles sont toutes conçues en termes qui marquent que ce droit personnel n'a lieu qu'en succession de père et de mère, en faveur de leurs enfans, frères et sœurs de l'aîné.

» On ne peut l'exprimer plus clairement que le font les art. 2 et 3 de celle de Noyon; le premier pose d'abord l'espèce d'un père qui laisse plusieurs enfans, et ensuite il les distingue, pour donner à l'aîné tous les fiefs, et au puîné le Quint viager. Par le second, la fille aînée, succédant au défaut des mâles, n'est chargée du même Quint qu'envers ses sœurs puînées.

» Or, les coutumes étant de droit étroit, ces articles doivent être pris dans le sens littéral, sans les étendre à d'autres personnes qu'ils ne nomment pas, principalement lorsque l'extension aux enfans des frères et sœurs puînés est directement contraire à l'esprit de la coutume, qui n'a voulu que pourvoir aux alimens des cadets, à qui leur père doit la nourriture, au lieu que l'aïeul ne la doit pas à *son petit-fils, qui a le bien de son père et de sa mère, lesquels n'ont pas été mariés sans qu'il leur ait été fait quelque avantage.* Ainsi les enfans des puînés n'ont pour eux, ni les termes, ni la cause de la disposition du Quint à vie; par conséquent la sentence du bailliage de Noyon doit être infirmée ».

Les intimés soutiennent au contraire que la sentence a bien jugé, et cela par trois moyens.

Le premier est tiré de l'art. 15 de la coutume de Noyon, qui dit « qu'en ligne directe, » représentation a lieu infiniment, tant pour » les fiefs, rotures, qu'autres biens ».

Le deuxième consiste à dire que la prétention de l'appelant est absolument injuste, parceque, si l'aïeul ne laissait que des fiefs, les enfans des puînés seraient exclus de toute la succession; et qu'il n'est pas vraisemblable que la coutume, dont tout le but est de mettre l'égalité dans les familles, ait voulu priver des enfans d'un bien que la succession de leur père et de leur mère leur transmet naturellement.

Le troisième moyen est fondé sur l'usage de la province : dans l'usage, dit-on, jamais le Quint n'est contesté aux enfans représentant leur père et leur mère.

« Mais, en premier lieu (réplique l'appelant), si on prenait l'art. 15 généralement et sans distinction, on ne trouverait que des contradictions dans la coutume; par exemple, la représentation est reçue en collatérale jusqu'aux enfans des frères et sœurs, de la même manière qu'elle est admise infiniment en ligne directe; cependant il est certain qu'en ligne collatérale, il n'y a point de représentation pour les fiefs, puisque, par l'art. 12, l'aîné mâle exclud et ses frères et ses sœurs.

» L'art. 154 de la coutume de Vermandois, dont celle de Noyon est locale, admet aussi infiniment la représentation en ligne directe, tant pour les fiefs que pour les rotures. Cependant, aux termes de l'art. 156, la fille de l'aîné, qui vient à la succession de l'aïeul avec un oncle, ne représente point son père au droit d'aînesse.

» Enfin, la coutume de Paris admet la même représentation indistinctement; cependant elle fait voir, par l'art. 323, qu'il y a des droits attachés au représenté, qui ne passent pas au représentant.

» Il faut donc entendre l'art. 15 de la coutume de Noyon, avec la distinction des personnes et des biens qui peuvent tomber dans le cas de la représentation; or, il est certain qu'un usufruit, tel que le Quint viager, n'en est pas susceptible;

» 1° Parceque la représentation ne se fait que des droits transmissibles, et il ne peut pas y avoir de transmission pour le Quint, que l'art. 2 n'accorde aux puînés que pendant leur vie.

» 2° L'aîné devrait au représentant plus qu'au représenté, contre l'effet de la représentation; car, si Anne de Grouchet avait survécu son père, elle aurait été seule à jouir dans un âge fort avancé; au lieu que la représentation mettrait en sa place quatre enfans en état de tenir le Quint pendant un grand nombre d'années, pendant lesquelles on verrait un concours de trois ou quatre Quints sur une même terre, par le mariage de l'aîné et de ses descendans; et il arriverait qu'un puîné venant à mourir avant son aîné, et laissant dix enfans, la réunion qui se ferait par le décès d'un seul, dépendrait de la mort de dix moins âgés, ce qui augmenterait la charge du Quint par l'éloignement presque infini du retour, contre la disposition de l'art. 2, qui fixe cette charge à la vie des cadets, au cas qu'il s'en trouve lors du décès du père; ce ne serait plus le même Quint; par la différence de sa durée, du nombre et de la qualité des personnes qui le posséderaient.

» 3° Ce serait détruire la règle du dernier vivant tout tenant; cette règle (qui consiste à faire jouir de tout le Quint le dernier des puînés, au moyen de l'accroissement des parts des autres puînés décédés avant lui) est écrite dans les coutumes de Saint-Quentin, art. 39, et de Ribemont, art. 59, et a lieu généralement dans toutes les coutumes qui donnent aux puînés conjointement le Quint à vie, parcequ'elle est fondée sur le principe que les puînés le possèdent avec droit d'accroissement, étant joints *re et verbis*. Par exemple, qu'on suppose deux cadets, dont l'un survive le père, et l'autre prédécède, laissant des enfans; les enfans représenteront-ils leur père pour la moitié qu'il aurait eue dans le Quint, s'il avait survécu? Si cela est, il faut effacer la disposition du dernier vivant tout tenant, et réformer sur ce point la coutume;

» Enfin, il se trouverait encore une inégalité dans le droit d'accroissement, en ce qu'un seul en aurait la moitié, et l'autre moitié serait tenue par plusieurs.

» C'est donc une nécessité, pour conserver la règle incompatible avec la prétendue représentation, de conclure, dans l'espèce particulière, que les enfans du puîné prédécédé ne le représentent pas; par conséquent que la représentation introduite par l'art. 15, ne regarde pas le Quint viager, et a seulement son application aux roturiers, entre lesquels les fiefs se partagent.

» En second lieu, s'il était permis de se plaindre de la coutume, la plainte serait mieux fondée de la part du puîné, qui n'a, dans les fiefs de son père et de sa mère, qu'un Quint viager, que de la part de ses enfans, à qui la succession de l'aïeul ne doit rien naturellement: mais on répondrait au puîné ce que d'Argentrée dit sur la coutume de Bretagne, en parlant du tiers viager des puînés mâles, que la loi regarde l'intérêt public, et le préfère au particulier; et cette réponse aurait une application d'autant plus juste à la mère des intimés, que les filles étaient anciennement exclues des fiefs en toute succession.

» D'ailleurs, le puîné qui décède avant son père, ayant été marié par son père et sa mère, dont il a été avantagé, à moins qu'il ne se soit marié sans leur consentement, ses enfans ont toujours sa succession et celle de leur mère. Nous avons même des coutumes qui veulent, entre nobles, qu'une fille ne puisse rien demander dans les biens de son père, si elle a été par lui mariée, quand elle n'aurait eu en mariage qu'un chapeau de roses.

» Or, les intimés ne sont pas réduits à n'avoir rien, puisqu'Anne de Grouchet, leur mère, a été mariée par son père, et dotée d'une somme de 7000 livres; ainsi, non-seulement ils ont le bien des successions tant paternelle que maternelle, mais encore ils partagent, dans celle de Jean de Grouchet, les meubles et rotures.

» Une dernière observation à faire, est qu'il arrive souvent que les puînés soient morts avant leur père; cependant, on ne représente aucun acte par lequel il paraisse que leurs enfans aient jamais exercé la prétendue représentation; aussi, bien loin que ce soit l'usage dans la province de Picardie de leur accorder le Quint viager, comme le prétendent les intimés, leur prétention y passe pour une nouveauté très-dangereuse, par le trouble qu'elle causerait dans toutes les maisons nobles, dont il faudrait renverser les parta-

ges, si l'on changeait l'usage dans lequel elles ont toujours vécu, selon le sens littéral et l'esprit des coutumes ».

Sur ces raisons, il est intervenu un arrêt interlocutoire qui a ordonné la preuve de l'usage de la province; et les actes de notoriété ayant seulement constaté qu'il n'y avait point d'usage certain sur la question, le parlement de Paris a, par arrêt définitif, du 13 mars 1700, infirmé la sentence de Noyon, et par conséquent jugé que le Quint viager ne passait point aux petits-enfans, quoique leur mère fût décédée avant l'ouverture de la succession.

V. L'art. 9 du tit. 3 de la coutume de la châtellenie de Lille porte « qu'une personne, » pour quelque générale renonciation qu'elle » fasse de succession et hoirie, n'est pourtant » privée de son droit de Quint, si par exprès » elle n'y a renoncé, ou qu'elle en soit vaillablement déboutée ».

VI. C'est une question, dans la même coutume, si les filles doivent avoir un droit de Quint sur les fiefs qui sont déférés aux mâles à leur exclusion, ou si elles ne peuvent en jouir que dans le cas où ce sont d'autres filles qui, à défaut de mâles, recueillent la succession féodale.

Le silence absolu que gardent tous les auteurs sur cette question, et son importance, nous obligent de la traiter avec quelques détails. Nous retracerons d'abord les raisons qu'on emploie contre les filles; nous exposerons ensuite les moyens sur lesquels se fondent leurs partisans; nous finirons par rendre compte des jugemens qui sont intervenus sur ce point.

Raisons contre les filles. Trois textes de la coutume de la châtellenie de Lille sont le siége de la matière: *ce sont les art. 1 et 3* du tit. 2, et l'art. 1 du tit. 3. Voici comment ils sont conçus :

« Quand père ou mère finit vie par trépas, délaissant enfans vivans de léal mariage, et un seul fief tenu et dépendant de la salle de Lille, patrimonial ou acquêté, tel fief succède et appartient au fils aîné, et, faute de fils, à la fille aînée; et, s'il y a plusieurs fiefs tenus ou dépendans comme dessus, et plusieurs fils, à l'aîné succède et appartient le meilleur à son choix, et aux autres puinés, aussi par choix, à degré d'âge, les autres fiefs, tant qu'ils durent; et si plus il y a de fiefs que de fils, l'aîné recommence à choisir, et les autres conséquemment, *en excluant les femelles;* et, en faute de fils, lesdits fiefs succèdent aux filles en la manière dite; et en fiefs ou en fiefs délaissés de grand-père ou grand'-mère, en défaut d'enfans, leurs neveux et nièces y succèdent comme dessus.

» Un ou plusieurs fils ou filles ont droit liquider les fiefs ou fief à eux échus par choix, et eux tenir au droit de Quint.

» Par la coutume, quand père ou mère finit ses jours héritier d'un ou plusieurs fiefs dépendans de notredite salle de Lille, aux fils et filles non ayant succédé en aucun desdits fiefs, compète et appartient droit de Quint, qui est le cinquième du fonds et propriété, profits, revenus et échéances desdits fiefs ou fief, chacun également; et appartient seulement ledit droit de Quint aux enfans, par le trépas de père ou de mère ».

Le premier de ces trois articles contient une exclusion formelle des filles, quant à la succession des fiefs, toutes les fois qu'il y a des mâles; elles n'y sont appelées qu'à leur défaut, et par une espèce de substitution vulgaire, dont la condition est, s'il ne se trouve aucun mâle au décès du père et de la mère. Cette exclusion est absolue et illimitée; elle s'étend à toute la succession féodale; il est donc impossible que les filles aient, dans aucun cas, un Quint à prendre sur les fiefs auxquels des mâles succèdent; autrement, elles ne seraient point exclues par ceux-ci, mais seulement moins avantagées dans cette espèce de biens; ce qui serait évidemment contraire à la lettre comme à l'esprit de la coutume.

Le second article donne aux filles un droit de Quint; mais il ne le leur donne évidemment que dans le cas où il n'y a aucun mâle. En effet, il dit qu'un ou plusieurs fils ou filles peuvent répudier *les fiefs ou fief à eux échus par choix, et eux tenir au droit de Quint:* ce texte suppose donc le cas où il sera échu un ou plusieurs fiefs aux filles à qui la coutume attribue ce droit : aussi remarquons-nous que c'est un choix qu'elle leur défère entre les fiefs à elles échus, et le droit de Quint. Or, lorsqu'il y a un ou plusieurs mâles, il n'échoit constamment aucun fief aux filles, puisque l'art. 1er du même titre décide que, tant qu'il y a *des mâles*, ils excluent les femelles; qu'eux seuls succèdent aux fiefs, et les choisissent selon l'ordre de l'âge tant qu'il y en a, et que, s'il s'en trouve encore après que chacun d'eux en a pris un, ils recommencent à choisir dans le même ordre, *en excluant* toujours *les femelles*. Donc l'article ne donne aux filles le choix du Quint, que lorsqu'il n'y a point de mâle; les filles succédant en ce cas aux fiefs, elles sont traitées entre elles, par la coutume, comme l'auraient été les mâles s'ils eussent existé; elle

choisissent, comme eux, chacune à leur tour; et si le choix des premières laisse une trop petite part aux autres, celles ci ont le choix, ou d'accepter le fief qui leur tombe, ou de le rejeter pour prendre un Quint. Mais, encore une fois, elles n'ont point ce choix, s'il ne leur échoit aucun fief: point de fief, point de matière à l'option; elles n'ont donc pas l'option lorsqu'il y a des mâles.

Reste l'art. 1er du tit. 3; mais ce texte ne s'applique encore et ne peut absolument s'appliquer aux filles, que dans le cas où il n'y a point de mâles. Ces mots, *aux fils et filles non ayant succédé*, enveloppant les uns et les autres dans la même disposition, ont nécessairement, par rapport aux filles, le même sens qu'à l'égard des fils; appliqués aux fils et aux filles dans le même membre de la phrase et sans aucune distinction, il est impossible de les entendre diversement. Or, ces mots, *par rapport aux fils*, ne s'entendent que du cas où le droit de succéder, qui leur est accordé par la coutume, leur devient inutile et infructueux par le choix des aînés, qui a absorbé tous les fiefs, de manière qu'il n'en reste aucun auxquels les autres puissent succéder, malgré la vocation générale de la coutume en faveur des mâles. Ils signifient donc de même, à l'égard des filles, que, si, lorsqu'elles sont toutes appelées à la succession des fiefs à défaut de mâles, il y en a quelques-unes d'elles qui ne succèdent à aucun fief, parceque tous les biens de cette nature sont épuisés par le choix des aînées, elles seront récompensées par le droit de quinter sur ces fiefs.

Si l'on entendait autrement ces termes de l'article, il en résulterait que les filles, lorsqu'il y a des mâles, auraient autant de droit aux fiefs que les puînés mâles auxquels il n'échoit aucun fief, parceque le choix de leurs aînés a tout épuisé; ce qui renfermerait une contradiction manifeste avec la disposition littérale de l'art. 1er du tit. 2, qui donne les fiefs aux mâles à l'exclusion des filles.

Il en résulterait encore une absurdité bien plus étrange, puisqu'il pourrait arriver qu'une fille, en concours avec plusieurs mâles, aurait plus que chacun des puînés, et même quelquefois plus que l'aîné. Supposons, en effet, cinq fiefs de même valeur, quatre garçons et une fille: dans cette hypothèse, l'aîné aurait deux fiefs, le premier et le cinquième; les trois autres fils, un fief chacun; et la fille cinq Quints, c'est-à-dire, plus que trois de ses frères. Supposons encore cinq fiefs d'égale valeur, cinq garçons et une fille: dans cette espèce, la sœur serait nécessairement mieux partagée que ses frères, et même que l'aîné de ses frères, puisqu'elle profiterait de cinq Quints, tandis que chaque fils serait réduit à quatre Quints de l'un ou de l'autre des fiefs égaux en valeur.

Le droit de quinter n'est autre chose, comme on l'a déjà observé, qu'une récompense accordée à ceux ou à celles qui ne succèdent point avec effet, encore qu'ils aient en leur faveur la vocation générale de la coutume; c'est pour eux un dédommagement de ce qu'étant appelés à la succession féodale, cette vocation leur devient inutile et infructueuse par le choix des aînés. Or, ce dédommagement ne peut être dû qu'à ceux à qui la coutume donne le droit et l'habileté de succéder aux fiefs; il est clair qu'il ne peut jamais appartenir, et que la coutume ne pourrait, sans se contredire elle-même, l'attribuer à ceux qu'elle exclud de la succession féodale: il n'est donc pas possible de supposer qu'elle a entendu attribuer ce droit aux filles exclues de cette succession par l'existence des mâles.

Ainsi, les mots, *non ayant succédé*, supposent nécessairement l'habileté à succéder, rendue sans effet par le défaut d'objet et de matière: c'est le sens de ces mots par rapport aux fils; et il est le même, par conséquent, à l'égard des filles; car ils ne peuvent pas avoir un sens double et différent pour les uns et pour les autres.

Si la coutume eût voulu que les filles pussent quinter sur les fiefs, lorsqu'il y a des mâles, elle n'aurait point dit, comme le porte, de la manière la plus absolue, l'art. 1 du tit. 2, qu'elles seraient exclues par les mâles, au défaut desquels seulement elles pourraient succéder: elle aurait dit, au contraire, qu'elles n'auraient qu'un Quint dans les fiefs, comme les puînés qui ne pourraient pas avoir un fief entier, et qu'elles concourraient avec ceux-ci dans ce Quint, concours absolument incompatible et contradictoire avec l'exclusion qu'elle prononce.

La loi qui exclud les filles dans le cas où il se trouve des mâles, est la loi principale qui gouverne tout le reste. S'il y avait quelqu'obscurité dans l'art. 1 du tit. 3, il faudrait nécessairement l'expliquer de manière à conserver cette loi principale qui ne souffre ni restriction, ni interprétation. Mais il n'y a, dans cet article nulle espèce d'obscurité, lorsqu'on le rapproche de cette loi principale; il n'était pas nécessaire de répéter, dans cet article, la disposition qui exclud les filles lorsqu'il y a des mâles, et qui, ne leur donnant droit aux fiefs qu'à défaut de ceux-ci, veut qu'en ce cas chacune prenne à son tour un

fief de la succession, autant qu'il s'en trouve, comme le font les mâles entre eux. Ce point une fois établi, lorsqu'il est dit ensuite qu'y ayant un ou plusieurs fiefs en succession de père ou de mère, les fils et filles qui n'ont succédé à aucun de ces fiefs, ont le droit de prendre un Quint, il est impossible de supposer que, pour n'avoir pas répété alors sa première règle, la coutume ait voulu l'anéantir, et donner une part aux filles dans les fiefs choisis par les mâles, après avoir déclaré que les mâles auraient ces fiefs à leur exclusion. La raison veut donc que leur droit de prendre un Quint, ne s'applique qu'au seul cas où la coutume les appelle à la succession des fiefs, et où, par le choix subordonné qu'elle établit entre elles, *quelques-uns* se trouvent n'en avoir aucun.

Par là tout se concilie, tout est raisonnable et sensé dans la coutume; la loi de l'exclusion subsiste comme celle qui accorde le droit de Quint. Dans l'autre système, au contraire, la règle fondamentale de la coutume est anéantie; tout n'est plus, dans ses dispositions, que contradiction révoltante et absurdité manifeste.

En vain dit-on que le droit de Quint donné aux filles, n'est point un droit successif; que la coutume elle-même déclare, tit. 3, art. 8, que, *pour appréhension de Quint, on n'est tenu et réputé hoir du trépassé.* Deux réponses également décisives, anéantissent cette objection.

Premièrement, cette disposition n'est relative qu'à l'obligation que le même article impose à ceux qui recueillent les fiefs, d'acquitter de toutes dettes de l'hérédité, ceux ou celles qui n'en prennent qu'un simple Quint. Ce n'est qu'une fiction relative à ce seul point; mais la preuve que ce Quint est un droit successif qui se prend à titre d'héritier, c'est que la coutume assujétit aux actions des créanciers, ceux qui font *appréhension de Quint ou de portion de Quint;* et, ce qu'il y a de plus décisif encore, c'est que les art. 6 et 7 du même titre appellent *héritiers de Quint* les fils ou les filles qui usent de ce droit.

En second lieu, qu'on regarde ou non comme héritières les filles qui prennent le droit de Quint, en serait-il moins vrai, si elles étaient admises à exercer ce droit contre leurs frères, que les fiefs n'appartiendraient plus aux mâles à leur exclusion; que, loin qu'elles fussent exclues par les mâles, des biens de cette espèce, elles les partageraient avec eux; qu'elles pourraient même se trouver dans le cas d'avoir dans les fiefs une plus grande part que les mâles qui doivent les exclure; et qu'enfin la disposition qui *les* exclud absolument des fiefs lorsqu'il y a des mâles, se trouverait détruite et anéantie?

Mais, dit-on encore, dans la coutume d'Artois, voisine de celle de la châtellenie de Lille, on ne doute pas que les filles n'aient droit de venir au Quint avec les fils puinés, et d'en profiter seules, si elles n'ont qu'un frère.

Cela est vrai; mais quelle différence entre le génie de la coutume d'Artois et le génie de la coutume de la châtellenie de Lille! La coutume d'Artois établit un droit d'aînesse, qui consiste, en succession de père ou de mère, dans la totalité des fiefs, à la charge du Quint envers les puinés; du reste, elle fait un même sort à tous les autres enfans, mâles ou femelles, qui partagent également les rotures avec leur aîné, et le Quint des fiefs entre eux. Tout l'avantage que les fils ont sur les filles, est que le plus âgé de leur classe profite du droit d'aînesse, sans considérer l'époque de la naissance de ses sœurs. Voilà la marche de cette coutume: un droit d'aînesse d'un côté, une parfaite égalité de l'autre. Dans la châtellenie de Lille, au contraire, le sort des filles est de ne rien avoir dans les fiefs propres ou acquêts, et dans les rotures propres de leur père ou mère, dès le moment qu'il y a un fils. Exclues par la loi, de la succession de ces deux espèces de biens, jamais elles ne peuvent y concourir avec les mâles. Conséquemment, autant il est simple qu'en Artois, les filles participent au Quint seules ou avec les fils puinés, autant il serait absurde que cela fût observé dans la châtellenie de Lille. Qu'on parcoure même toutes les coutumes étrangères, partout on trouvera des différences notables, qui ne permettent pas d'en mettre aucune en parallèle avec celle de cette province.

On vient de dire que les filles, dans cette coutume, sont exclues par les mâles des propres roturiers de leur père ou mère. C'est en effet la disposition expresse de l'art. 25 du tit. 2; et elle forme un nouvel argument contre le système que nous combattons ici. Quelle bizarrerie ne serait-ce pas dans cette coutume, qu'une disposition qui, excluant les filles de la succession aux fiefs destinés aux mâles par leur institution primitive, les admettrait cependant à un partage qui détruirait cette exclusion illimitée, tandis que la coutume ne leur donnerait pas la moindre portion dans les rotures propres, et laisserait subsister contre elles, à cet égard, toute la rigueur de l'exclusion? Une inconséquence aussi révoltante ne pourra jamais se supposer.

Raisons pour les filles. Les art. 1 et 3 du

tit. 2, et les art. 1, 8 et 9 du tit. 3 de la coutume de la châtellenie de Lille, présentent deux sortes de réglemens : l'un général, pour la succession des fiefs, l'autre particulier, pour le Quint des mêmes biens. Par le premier, les fiefs appartiennent aux mâles à l'exclusion des femelles. Par le second, l'effet du premier est restreint aux quatre Quints des fiefs, l'autre Quint étant un don légal destiné *aux fils et filles*, termes équivalens à celui de *puinés*, dans lequel on ne pourrait certainement douter que les filles ne fussent comprises.

La coutume a fait, du Quint des fiefs, une espèce de patrimoine à part : elle déclare elle-même qu'il ne se prend point à titre successif; et de là il résulte bien clairement, qu'il n'est point compris dans l'art. 1 du tit. 2, par lequel les mâles sont appelés à la succession des fiefs, à l'exclusion des femelles. Cela est si vrai, qu'aux termes de l'art. 9 du tit. 3, « une per» sonne, pour quelque renonciation qu'elle » fasse de succession et hoirie, n'est point » privée du droit du Quint, à moins que par » exprès elle n'y ait renoncé, ou qu'elle en » soit vaillablement déboutée ». Cet article prouve invinciblement deux choses : l'une, que l'exclusion de l'hérédité n'emporte pas d'elle-même l'exclusion du Quint; l'autre, que le Quint n'est point déféré à titre successif, quoique la coutume soumette celui qu'elle appelle improprement *Héritier du Quint*, aux actions directes des créanciers, sauf son recours contre l'héritier proprement dit. Cette vérité résulte encore de l'art. 2 du tit. 3, portant que « droit de Quint n'est dû, s'il n'est » appréhendé judiciairement, ou consenti par » héritier »; disposition qui écarte toute idée de titre successif, puisque, suivant l'art. 1 du tit. 2, le mort saisit le vif dans toutes les successions.

En un mot, l'esprit et la lettre de la coutume établissent, comme de concert, que les filles ont droit au Quint lorsque les fiefs sont recueillis par des mâles, aussi bien que dans le cas où ils le sont par d'autres filles. *L'esprit de la coutume :* on vient de voir qu'elle a fait du Quint des fiefs une espèce particulière de biens, et qu'elle en a fixé le sort d'après la disposition du droit romain selon laquelle l'ordre de la parenté, sans différence de sexe ni d'âge, règle l'ordre de succéder. *La lettre de la coutume :* elle appelle conjointement au Quint *les fils et les filles*. On prétend, il est vrai, que la particule *et* doit être regardée comme disjonctive; mais on ne peut interpréter les mots dans un sens qui ne leur est pas ordinaire, que lorsqu'on y est forcé par l'intention de la loi et par l'équité; ce qui ne se rencontre nullement ici.

Les suppositions que l'on fait pour prouver que notre opinion tend à assurer aux filles une part égale ou même supérieure à celle de leurs frères aînés, ne sauraient en imposer ni faire perdre de vue l'esprit de la coutume.

D'abord, elles conduisent à ce système révoltant que, dans le cas d'une hérédité où les meubles seraient absorbés par les dettes dont ils forment le siége, d'une hérédité qui ne consisterait qu'en fiefs et en propres roturiers, la fille n'aurait rien à prétendre dans les biens de son père ou de sa mère.

Et dans cette supposition, s'il se trouvait, au lieu d'une fille, un cinquième ou sixième fils, il aurait ou une part égale à celle de ses quatre frères, ou plus que trois d'entre eux, ou cinq Quints, en sorte qu'en ce dernier cas, il aurait un sort plus favorable que l'aîné.

On dira, sans doute, qu'il y a une grande différence d'un cas à l'autre; que le cinquième ou sixième fils a, dans sa personne, une aptitude décidée par la coutume à succéder aux fiefs, au lieu que la fille en est expressément exclue tant qu'il y a des mâles; mais on ne fera en cela que combattre la difficulté par la difficulté même, ou plutôt argumenter des quatre Quints des fiefs, pour lesquels les mâles sont préférés aux femelles, au dernier cinquième que la coutume laisse *aux fils et aux filles*.

Vainement oppose-t-on que les fiefs sont la partie la plus précieuse de nos possessions, pour en inférer que les filles exclues des cotteries ou rotures, doivent l'être à plus forte raison du Quint des fiefs.

S'il fallait rendre raison de tout ce que renferme la coutume de la châtellenie de Lille, il serait nécessaire d'en réformer une bonne partie. Le mieux est de s'attacher à ses dispositions, et de suivre son texte sans se livrer à des raisonnemens infinis; c'est la leçon que nous ont laissée les législateurs romains, dans les lois 20 et 21, D. *de legibus : non omnium quæ à majoribus constituta sunt ratio reddi potest; et ideò rationes eorum quæ constituuntur inquirere non oportet; alioquin multa ex his quæ certa sunt, subvertuntur.*

D'ailleurs la coutume de la châtellenie de Lille n'est point la seule où les filles prennent un Quint dans les fiefs et rien dans les cotteries. Celle de Boulonnais en dispose de même relativement aux personnes roturières (1).

Jugemens rendus sur la question. Trois sen-

(1) *V.* ci-devant, n° 1.

tences de la gouvernance de Lille ont prononcé en faveur des filles, et deux de ces sentences ont été confirmées par arrêts.

La première est de l'année 1686. Elle est citée dans plusieurs manuscrits ; mais l'espèce ni les circonstances n'en sont détaillées nulle part.

La deuxième est du 11 février 1745. Marc-Antoine Albert de Prudhomme d'Hailly, vicomte de Nieuport, avait laissé quatre enfans, un fils et trois filles. Le fils prétendait que la totalité des fiefs qui avaient appartenu au père commun, lui était dévolue. Les filles, de leur côté, soutenaient qu'on devait leur en adjuger le Quint, et elles ont obtenu gain de cause par la sentence qu'on vient de citer.

Le fils en a appelé au parlement de Flandre; mais, par arrêt du 20 avril 1747, l'appellation a été mise au néant.

La troisième sentence a été rendue le 12 novembre 1761.

Le comte de Sainte-Aldégonde de Geneck avait trois enfans, deux garçons de son premier mariage avec Marie-Jacqueline d'Ennetières de Moucron, et une fille de son second mariage avec Marie-Françoise-Michelle Libert de Quartes. En père sage et prudent, il avait partagé ses biens entre ses trois enfans, par une disposition olographe, du 29 juin 1753: plusieurs cas y étaient prévus; celui qui arriva, ne l'était point. Son aîné lui fut enlevé à la fleur de son âge; lui-même fut bientôt après frappé d'une maladie mortelle qui le conduisit en peu de jours au tombeau. Par ces deux morts précipitées, et celle du fils avant le père, les dispositions du partage testamentaire sont devenues caduques par rapport au lot de l'aîné des enfans; de sorte que cette portie de la succession du testateur s'est trouvée dévolue, sur le pied des coutumes, au comte de Geneck son fils, et à la demoiselle de Sainte-Aldégonde, sa fille. De là, la pomme de discorde.

Parmi les biens du père qui composaient cette partie de la succession, la coutume régissait la terre et seigneurie de Geneck, celle de Rosembois, et les fiefs de Ribautescœuir, du Bois, de Mailly, et d'Illies. Les tuteurs de la demoiselle de Sainte-Aldégonde ont appréhendé le Quint de tous ces fiefs par commission de mise de fait du 9 juillet 1760.

Le comte de Geneck, à qui a été signifiée cette mise de fait, a répondu en général que la coutume de la châtellenie de Lille n'autorisait pas une fille à prétendre aucun corps de fief, ni aucun Quint de fief, quand la succession féodale du père commun était recueillie par un fils; qu'elle établissait, au contraire, par rapport aux rotures patrimoniales, deux ordres de successions en ligne directe distincts et séparés, l'un entre les mâles à l'exclusion des femelles, l'autre entre les femelles, au défaut de mâles seulement; qu'elle déférait premièrement les fiefs aux fils par choix, suivant l'ordre de leur naissance, et qu'elle les accordait subordonnément aux filles dans le même ordre; que, si elle admettait le droit de Quint en faveur des enfans les moins âgés, ou quand tous les fiefs se trouvaient évacués avant que leur tour vint, ou quand ils ne voulaient pas faire choix des fiefs restans, à cause de la modicité de leur valeur, c'était et ce ne pouvait être que relativement au réglement de la succession qu'elle avait commencé par établir, c'est-à-dire, aux fils puînés dans leur classe, et aux filles puînées dans la leur; qu'enfin, la disposition de la coutume de la châtellenie de Lille, sur le fait de la succession des fiefs, pouvait être comparée à un testament contenant une institution des mâles, et une substitution vulgaire seulement au profit des femelles; que l'habileté à l'appréhension du droit du Quint, supposait une habileté à la succession féodale, soit dans les fils, soit dans les filles qui se présentaient; qu'ainsi les filles qui n'étaient que vulgairement substituées ne pouvaient jamais réclamer aucune portion de fief, quand il se trouvait des fils institués habiles à y succéder pour le tout.

Sur cette contestation, sentence est intervenue à la gouvernance de Lille, le 12 novembre 1761, qui a décrété la mise de fait des tuteurs de la demoiselle de Sainte-Aldégonde, et lui a en conséquence adjugé le Quint des fiefs dont il s'agissait.

Le comte de Geneck en a interjeté appel; mais elle a été confirmée par arrêt du 7 juillet 1763, au rapport de M. O-Farel du Fayt.

VII. Le fils et la fille puînée, qui ont fait profession religieuse après la mort de leur père, peuvent-ils encore demander le Quint des fiefs dévolus précédemment à leur aîné?

La négative ne souffre aucune difficulté par rapport au Quint héréditaire : et c'est pourquoi l'art. 10 du tit. 11 de la coutume de Tournai, où le Quint est de cette nature, porte que, « si aucuns des mainés décèdent » ou entrent en religion professe, sans avoir » demandé leur part dudit Quint, il s'éteint » au profit de l'aîné ».

Il paraît qu'il en est autrement à l'égard du Quint viager; écoutons Duchesne, sur l'art. 1 de la coutume de Ponthieu; « M. de Hanchie » a dit qu'il avait été autrefois jugé que le » Quint viager d'une fille cadette ne s'éteig-

» nait pas par sa profession en religion, » parceque le produit de ce Quint sert pour » son entretien pendant sa vie. Cela étant, il » faut entendre le mot *trépas* seulement de » la mort naturelle. Il y a des arrêts qui ont » jugé de même pour le douaire des veuves » qui entreraient en religion ». (*V.* l'article *Usufruit*).

VIII. Il a été un temps où les fiefs ne pouvaient se quinter qu'à certains intervalles. C'est ce qu'assure Maillart, sur l'art. 94 de la coutume d'Artois. « L'on ne quintait pas autrefois (dit-il); dans la suite le Quint fut » viager, et même il ne se levait que de » soixante ans en soixante ans; il y en a un » arrêt du 11 août 1408, rendu à l'occasion » de la terre d'Oisy, laquelle a toujours été » de l'Artois ».

Boutellier atteste la même chose dans sa *Somme rurale*, tit. 76, art. 7 : « Si peux et » dois savoir qu'un fief par coutume locale ne » doit être quinté qu'une fois au vivant de » souvenans, lequel vivant est entendu, selon » l'opinion d'aucun, dedans soixante ans une » fois; car, si plus souvent pouvaient être » quintié, dedans brief temps, tous les fiefs » viendraient à si petites parchons de quin» tage, qu'à la fin ne seraient rien en va» leur ».

Cette jurisprudence est abolie dans la plupart des coutumes de Quint : mais il en est quelques-unes qui l'ont conservée, à l'intervalle près qu'elles ont abrégé. Telle est celle de Tournai, chap. 11, art. 11 : *Et n'est aucun fief plus tôt quintial que de quarante ans en quarante ans.*

Celle de la châtellenie de Lille contient la même disposition; voici comment elle s'explique, tit. 3, art. 4 : « Un fief ne se doit » quintier que de quarante ans en quarante » ans, au cas qu'en dedans ledit temps, icelui » droit de Quint ait été éclipsé réellement, » ou soit courant par appréhension ou con» sentement; *et n'empêche si ledit Quint a* » *été baillé par estimation ou récompense pé*» *cunielle* ».

On voit par ces derniers termes, qu'il n'y a que la délivrance d'un Quint en nature qui empêche d'en demander un nouveau dans les quarante années suivantes; en sorte que, quand l'aîné a usé de la faculté, dont on verra ci-après qu'il jouit, de récompenser ses frères et sœurs en deniers, le paiement qu'il a fait de cette récompense n'apporte aucun obstacle à la demande d'un autre Quint, soit dans sa succession, soit dans celle de son ayant-cause, avant le laps des quarante ans.

C'est ce qui a été jugé par l'arrêt du 20 avril 1747, rapporté ci-devant, n° 6. Au moyen dont on a vu que se prévalait le vicomte de Nieuport, s'en joignait un autre tiré de la preuve que les fiefs sur lesquels ses sœurs prétendaient un Quint, avaient été quintés par récompense en 1699, c'est-à-dire, depuis moins de quarante ans; car la succession du vicomte de Nieuport père était ouverte avant l'année 1739. Mais, ni ce moyen, ni celui dont nous avons rendu compte plus haut, n'ont empêché que le parlement de Flandre n'ordonnât la distraction du Quint au profit des sœurs.

Cette interprétation s'applique d'elle-même à la coutume de la gouvernance de Douai, qui est, à cet égard, parfaitement conforme à celle de la châtellenie de Lille; voici ce qu'elle porte, chap. 2, art. 8 : « Fiefs ne se quintent » et ne se peuvent quinter et éclipser que de » quarante ans en quarante ans, et ne sont » tenus pour quintés par récompense d'autres » héritages ni par autre voie; et convient né» cessairement, pour profiter du laps de temps » de quarante ans, qu'effectivement et réel» lement le droit de Quint ait été divisé, » éclipsé et séparé des quatre parts du fief » venu de succession directe ».

§. II. *De l'appréhension du Quint, et des droits qu'il confère aux puînés.*

I. Presque toutes les coutumes qui parlent du Quint, le soumettent à la nécessité de la délivrance; ce n'est que du moment que les puînés se sont mis en règle à cet égard, qu'elles leur en accordent les fruits; en un mot, elles ne leur en adjugent le Quint que sous la condition, *si appréhender le veulent.*

Ce point est assez important pour mériter quelques détails; plaçons ici les propres termes des coutumes dont il s'agit.

« Si aucuns des puinés délaissent à appréhender leur part et portion du Quint, telle part non appréhendée demeure au gros du fief ». (Artois, art. 103).

« Droit de Quint n'est dû, s'il n'est appréhendé judiciairement ou consenti par l'héritier; et se prend d'un tel état que lors sont lesdits fiefs ou fief ». (Châtellenie de Lille, tit. 3, art. 2).

« Pour, par lesdits puînés, pouvoir aucunement avoir, appliquer et percevoir les fruits, levées et profits de leur droit de Quint, ils sont tenus et soumis en faire relief ou autre appréhension judiciaire ». (Gouvernance de Douai, chap. 2, art. 4).

« Après le trépas de l'aîné, ses frères et

sœurs, s'il y en a maînés, tant qu'ils soient vivans, peuvent demander ledit Quint, à l'encontre de l'enfant ou héritier dudit aîné, n'était que icelui aîné fût mort, délaissant plusieurs enfans, et que les maînés d'iceux eussent demandé ledit droit du Quint, à l'encontre de leurdit frère aîné, avant que les frères et sœurs maînés de leur père ou mère en eussent fait demande.

» Auquel cas, iceux frères et sœurs maînés de leur père ou mère viendraient à tard, et en seraient fourclos, par la demande dudit Quint, juridiquement faite par leurs neveux et nièces (1) ». (Tournai, tit. 11, art. 13 et 14).

« La part des puinés qui s'abstiennent d'appréhender ledit Quint...., accroît aux autres puînés qui le veulent appréhender, et non à l'aîné ». (Amiens, art. 81).

« Les puînés doivent faire limiter et séparer leursdits Quints et portions de Quints à leurs dépens, pour les prendre et avoir héréditablement selon ledit partage. Et aussi, par la coutume, les puînés ne doivent avoir quelque fruit ou profit èsdites portions de Quint, tant qu'ils les ont dûment relevés et appréhendés envers ceux desquels ils les doivent relever et appréhender ». (Montreuil, art. 9).

« En succession de père et de mère, en héritages féodaux, au fils aîné appartiennent iceux héritages, à la charge du Quint dû aux autres enfans èsdits fiefs, si appréhender le veulent, en faisant l'appréhension et limitation à communs dépens ». (Boulonnais, art. 62).

« L'on n'a rien audit Quint de vivre naturel qui ne l'appréhende; et perd-on les levées échues jusqu'à ce qu'on l'appréhende dûment, par mise de fait tenue et décrétée de droit, faite par autorité de justice ou par consentement de l'héritier, et que le seigneur dont l'immeuble est tenu soit évoqué ». (Ponthieu, art. 60).

Cette règle a-t-elle lieu contre les mineurs?

Duchesne, sur le dernier des textes que l'on vient de transcrire, dit qu'on l'observe contre eux à la lettre, et son annotateur confirme cette assertion par des autorités très-précises: « Le mineur (dit-il) dont le tuteur aurait négligé de demander le décret au Quint viager, est le garant de cette omission: c'est » à lui, et non pas à l'héritier, que ce mineur » lésé doit s'adresser pour la répétition des » fruits de son Quint viager. Arrêt de 1637, » confirmatif d'une sentence de ce siége, du » 18 mars 1635, au profit d'Alexandre Bou» teiller ».

C'est sur l'art. 60 que cet auteur s'explique de la sorte. Sur l'art. 3, *il rapporte un acte de notoriété de la sénéchaussée d'Abbeville du 28 juillet 1682*, qui atteste que « les puî» nés mineurs, non décrétés dans le Quint » viager, en perdent les fruits, sauf leur re» cours contre leur tuteur; et que les majeurs » coutumiers les perdent sans retour, s'ils né» gligent de se faire décréter ».

Mais cette jurisprudence n'est pas observée en Artois.

Maillart, sur l'art. 103 de la coutume de cette province, « estime que, si, lors de l'ou» verture de la succession, le puîné était mi» neur de vingt-cinq ans, soit qu'il eût un » tuteur ou curateur, ou qu'il fût majeur cou» tumier, il pourrait, dans les trente-cinq » années de sa naissance, prendre des lettres » contre l'omission d'avoir appréhendé sa por» tion de Quint, qu'en conséquence, il en au» rait les fruits du jour de l'ouverture, et non » pas seulement du jour de l'appréhension, ou » de la demande, ou de la prise de possession »; et nous trouvons dans le recueil de Cuvelier, un arrêt du grand conseil de Malines, qui confirme cette opinion: « Le Quint non ap» préhendé (dit ce magistrat) demeure au » gros du fief en Artois; en sorte que les » fruits n'en sont pas dus; néanmoins les puî» nés *restituuntur ex justâ causâ*, contre la » faute de telle appréhension. Jugé par sen» tence du conseil d'Artois, confirmée par ar» rêt, la veille de Noël 1605, en la cause de » Jean de Saint-Vaast, contre les veuve et » enfans de Pierre de Saint-Vaast ».

Au reste, ce n'est pas là le seul point sur lequel les usages d'Artois diffèrent de ceux du Ponthieu.

Maillart assure qu'en Artois, le puîné gagne les fruits de son Quint, du jour qu'il en fait la demande ou qu'il en a lui-même pris possession de son autorité privée.

En Ponthieu, au contraire, la jouissance des puînés, au vu et su de leur aîné, n'équivaut point à l'appréhension que la coutume exige de leur part pour qu'ils puissent gagner les fruits. Il y a, à ce sujet, des actes de notoriété des 19 et 23 juin 1741.

« Cependant (remarque l'annotateur de » Duchesne), si cette jouissance avait été pré» cédée d'un partage verbal, alors les puînés » deviendraient favorables. On les a admis à » la preuve d'un pareil partage, par sentence » du 23 février 1703 ».

En général, dans le Ponthieu, comme ailleurs, « le moindre acte entre l'aîné et le puîné » emporte délivrance. Il a été jugé par sen» tence du 23 janvier 1703, que l'aîné ayant

(1) Cette disposition est la suite de l'art. 12, rapporté plus haut, §. 1, nº 8.

» comparu au contrat de mariage de son puîné, » qui portait son Quint viager, cela portait » décret ».

Si le défaut d'appréhension du Quint ôte aux puînés le droit d'en recueillir les fruits, à plus forte raison doit-il les empêcher d'en faire aucune disposition; c'est ce qui a été jugé le 30 juin 1632, par une sentence arbitrale de M. Léon de Brulard, doyen des conseillers d'état, rendue de l'avis de trois avocats célèbres, et dont l'exécution a été ordonnée par deux arrêts des 7 septembre 1645 et 28 juillet 1685 (1).

Il y a quelques coutumes où l'on est débarrassé de toutes ces discussions, par la saisine légale qu'elles accordent aux puînés dans le Quint.

L'art. 73 de celle de Chauny porte que l'aîné noble, en ligne directe, « doit avoir et em- » porter entièrement tous lesdits fiefs, à la » charge d'un Quint hérédital aux puînés fils » et filles, qu'ils doivent partir également » entre eux, et duquel ils seront saisis du jour » du décès desdits père et mère contre leurdit » frère aîné ».

L'art. 76 de la coutume de Ribemont nous offre la même disposition : « Les puînés, pour » le Quint viager, peuvent former complainte » et eux en dire saisis, tant à l'encontre de » leur aîné, que contre tous autres qui les » troubleront ».

L'art. 36 de celle de Saint-Quentin est à peu près conçu dans les mêmes termes : « Tous » lesdits héritiers puînés, tant mâles que fe- » melles, ont autant chacun audit Quint des » fiefs l'un que l'autre : sont et se peuvent » dire lesdits puînés saisis de leur droit et » part, et former complainte, tant contre » leurdit frère aîné qu'autres ».

On voit que les puînés sont ici qualifiés d'héritiers par rapport au Quint; c'est ce qui est encore exprimé, mais d'une manière plus formelle, dans l'art. 33 : « Lesdits héritiers » puînés ont èsdits cas, et leur appartient, » comme héritiers, un Quint à vie en chacun » desdits fiefs ».

Il paraît qu'on doit placer sur la même ligne les coutumes des châtellenies de Bailleul, rubr. 7, art. 4, et de Cassel, art. 67.

Celle-ci porte « qu'après le décès d'un » homme de fief, l'aîné de ses enfans mâles » emportera tous les fiefs qui ont fait souche, » excepté que les enfans puînés auront entre » eux tout le cinquième pour leur part ».

L'autre est conçue dans des termes semblables.

[[Au surplus, *V.* les conclusions du 1er décembre 1806, rapportées à l'article *Droits successifs*, n° 9.]]

II. La question de savoir quels sont les droits des puînés dans le Quint naturel, peut

(1) L'espèce est ainsi rapportée dans un mémoire inséré à la fin du tome second du coutumier de Picardie, page 169.

« François de Mailloc laissa trois enfans, savoir : François, second du nom, aîné; Pierre de Mailloc, sieur de Malleville, et Madeleine de Mailloc. Le 2 novembre 1615, *se fit* un partage entre François et Pierre de Mailloc, non-seulement de la succession du père commun échue en Normandie, mais encore de Charlotte de Mouchy, leur aïeule, et du sieur de Malleville, dont les biens étaient situés en Picardie.

» François de Mailloc cède à son puîné, pour sa part dans ces successions, les terres et seigneuries de Malleville, de Bouricourt et du Montreuil, moyennant quoi l'aîné se charge de payer toutes les dettes et de le décharger de ce qui pourrait lui être demandé, suivant l'art. 364 de la coutume de Normandie, pour le mariage de Madeleine de Mailloc; au moyen de quoi Pierre de Mailloc cède tous ses droits à son aîné, *fort et réservé ce qui pourrait lui appartenir à la terre de Tours, dont jouit par douaire la dame de Chavigny leur mère*.

» Le 17 avril 1617, l'aîné marie sa sœur : moyennant la dot qu'il lui constitue, il la fait renoncer en sa faveur à tous ses droits dans les successions de ses père et mère.

» Après la mort de la dame de Chavigny, il fut question de partager la terre de Tours, assise dans la coutume d'Amiens.

» François de Mailloc prétendit, outre les quatre Quints qui lui appartenaient comme aîné, avoir encore la moitié du Quint, comme l'ayant acquis par la renonciation faite en sa faveur, par Madeleine de Mailloc.

» Les enfans de Pierre de Mailloc soutinrent, au contraire, que le Quint entier leur devait appartenir, d'autant que Madeleine de Mailloc, leur sœur, avait renoncé au Quint; et quoique cette renonciation fût faite en faveur de l'aîné, néanmoins qu'elle n'avait pu lui transmettre cette portion de Quint, parce qu'elle ne l'avait point appréhendée; et que le Quint appréhendé accroît aux autres cadets.

» Voici les termes du dispositif de la sentence arbitrale : Nous, *après avoir pris l'avis des sieurs Jolly, La Montillière et de Lacour, avocats au parlement de Paris, disons par notre jugement arbitral, que le Quint de la terre de Tours appartient entièrement aux enfans de feu Pierre de Mailloc, sieur de Malleville, tant en conséquence du contrat de partage fait entre François de Mailloc, son frère aîné, et lui, le 2 novembre 1615, qu'en vertu de la renonciation de demoiselle Madeleine de Mailloc, portée par son contrat de mariage du 17 avril 1617, suivant la coutume d'Amiens, art. 81, qui veut que la part des puînés qui s'abstiennent d'appréhender le Quint, accroît aux autres puînés qui la veulent appréhender et non à l'aîné* ».

être considérée sous trois faces différentes :

1° Par rapport aux puînés entre eux ;

2° Par rapport à l'aîné ;

3° Par rapport aux seigneurs de qui relèvent les fiefs soumis à la distraction de ce Quint.

III. On a déjà vu plusieurs coutumes décider expressément que les puînés, entre eux, partagent également, et sans prérogative d'âge ni de sexe, le Quint naturel qu'elles leurs déférent, soit en propriété, soit en usufruit ; et tel est le droit commun sur cette matière. La coutume de Coucy porte, au contraire, art. 5, que, dans le Quint viager, « ont » deux filles autant qu'un fils, et prend un » fils autant que deux filles » ; mais c'est une disposition absolument particulière à cette coutume.

Comment doit se faire, dans celles des autres coutumes qui donnent le Quint naturel en propriété et y admettent la représentation, la subdivision de cette part entre les petits-enfans d'une souche qui sont venus à la succession de leur aïeul concurremment avec leur oncle, frère aîné de leur père ?

Ricard répond que l'aîné des petits-enfans doit exercer le droit d'aînesse dans ce Quint, comme dans les fiefs qui se seraient trouvés dans la succession du père.

« En effet (dit-il dans une consultation qui est à la suite de son *Traité de la représentation*), il est constant que les petits-enfans, venant à la succession de leur aïeul par représentation et par souche, n'ont point d'autre droit que celui de leur père....

» Les puînés de la souche ne peuvent pas objecter que leur oncle, aîné de la famille, a pris dans la succession de leur aïeul, les avantages que la coutume donne à l'aîné dans chaque succession, et qu'il serait absurde d'admettre un double droit d'aînesse dans une même succession, contre la disposition de la coutume qui n'en donne qu'un.

» Cette objection serait bonne, si, dans la succession de l'aïeul, il n'y avait que les enfans d'un degré qui y fussent appelés, ou que les enfans et les petits-enfans partageassent par têtes et en vertu d'un même droit : mais y venant tous au moyen de la représentation, en vertu de droits distincts et séparés, et les petits-enfans y étant appelés pour succéder par souches au lieu de leur père, il faut nécessairement qu'il se fasse une seconde division entre les enfans de chaque souche, comme d'une seconde succession dans laquelle ils ne peuvent prendre d'autre règle ni modèle que la succession paternelle, puisqu'ils ont succédé aux droits de leur père, et comme le représentant. Ce raisonnement est le plus favorable qui puisse être fait en faveur des puînés, d'autant qu'ayant par nécessité un partage à faire avec leur aîné, d'un héritage féodal qui leur est échu à titre successif, il faut que cette division se fasse indispensablement comme en directe ou collatérale, la coutume ne connaissant point d'autre sorte de partage. Or, dans la collatérale, les puînés n'y prendraient aucune part ; si bien qu'ils ne peuvent choisir que le partage de la directe, qui est en effet le plus convenable pour l'espèce qui se présente, soit que l'on considère la personne du père, ou qu'on ait égard à celle de l'aïeul ».

En serait-il de même si l'oncle, aîné de la famille, avait usé de la faculté dont on parlera ci-après, de retenir le Quint en récompensant les puînés, soit en argent, soit en rotures ?

Ricard soutient l'affirmative, « parceque ce » qui s'est trouvé dans la succession de l'aïeul » pour les puînés, a été un Quint du fief, et » non point de l'argent : de sorte que ce qui » leur a d'abord appartenu, a été leur part » dans un fief, et ce qui s'est passé dans la » suite est une vente forcée que les puînés » ont faite d'un héritage qui leur appartenait, par un droit de bienséance que la » coutume a introduit pour la réunion des » fiefs. Et ainsi, comme le partage se fait des » biens de la succession, de la manière que se » trouvent les choses au temps de son échéance, il n'y a point de doute que la subdivision des deniers doit être faite comme d'un » fief dont ils font le prix, n'étant pas au » pouvoir de l'aîné de la famille de changer, » par son fait, l'état d'une succession, et » d'ôter aux aînés des autres souches un droit » qui leur est acquis par la coutume ».

Ces principes ne pourraient pas s'appliquer à la coutume de Cassel ; car, après avoir établi, par l'art. 69, que la représentation n'a point lieu dans le Quint, elle ajoute, art. 70 : « Et, quand le susdit cinquième sera rempli » et délivré en héritages ou en biens-meubles, la représentation aura lieu, à l'égard » des mêmes héritages ou des biens mobiliers » ; preuve sensible que, dans cette coutume, il dépend de l'aîné *de changer, par son fait, l'état d'une succession*.

IV. Quels sont les droits des puînés auxquels il est dû un Quint, envers l'aîné qui doit le fournir ?

Cette Question embrasse plusieurs objets qu'il faut discuter séparément.

1° La coutume d'Amiens, art. 72, décide

qu'on ne doit pas comprendre dans la liquidation du Quint, le principal manoir du fief: « auquel Quint hérédital (ce sont ses termes) » n'est compris le principal manoir, pourpris » et accint dudit fief; ains demeure entière- » ment à l'aîné, et n'y prennent rien les puî- » nés ».

On a douté si cette disposition devait s'entendre de chacun des fiefs trouvés dans la succession, ou s'il ne fallait l'appliquer qu'à un seul.

Le premier parti est adopté par Dufresne et Deheu, dans leurs commentaires sur l'article cité. Voici comment s'explique le premier:

« Quant à ce que l'article ajoute, *le principal manoir, pourpris et accint dudit fief*, cela s'entend de chacun fief, puisque la coutume donne tous les fiefs de la succession aux aînés par préciput, à la charge seulement d'un Quint hérédital aux puînés, auquel n'est compris le principal manoir; ce que l'art. 97 confirme aussi très-expressément, portant en pluriel, que les châteaux des terres, qui sont les principaux manoirs, les donjons et les forteresses, l'artillerie qui est en iceux, et les ornemens des chapelles, appartiennent à l'héritier principal, et que les puînés n'y prennent rien.

» Il a été ainsi prouvé, par une enquête par turbes, faite au bailliage et en la prévôté d'Amiens, au procès qui était lors à juger en la cour pour un semblable différend, entre Charles de Belleforière, d'une part, et le sieur Caveron, d'autre, conformément à laquelle en est intervenu arrêt ».

La coutume de Péronne excepte pareillement du Quint *le châtel et principal manoir et pourpris d'icelui;* mais elle le fait d'une manière qui annonce qu'elle restreint cette exception au manoir d'un seul fief. Voici ce qu'elle porte, art. 169: Entre nobles, en succession directe, le fils aîné, où il y a fils, » et s'il n'y a fils, la fille aînée succède aux » fiefs, et non les autres puînés, fils et filles, » ensemble, qu'un Quint hérédital èsdits » fiefs, sans y comprendre le châtel et prin- » cipal manoir et pourpris d'icelui, auquel les » puînés ne prennent rien, ains appartient » entièrement à l'aîné ».

Lecaron observe, sur cet article, que, « s'il » y avait plusieurs maisons en une coutume, » l'aîné n'en a qu'une à son choix; Péronne, » Montdidier et Roye (ajoute-t-il) doivent » passer pour une seule coutume, n'y ayant » qu'un bailli lieutenant-général, comme il se » voit par le procès-verbal de la rédaction ».

Au reste, ni la disposition de la coutume d'Amiens, ni la disposition de celle de Péronne, ne forment le droit commun des pays où l'on connaît le Quint naturel. L'aîné est déjà assez avantagé par le préciput des quatre Quints; et il faut une loi expresse pour l'autoriser à excepter le manoir de la liquidation de la part qu'il doit fournir à ses frères et sœurs.

Il y a même des coutumes qui, loin de lui accorder ce droit, le lui ôtent formellement. Celle de Saint-Quentin, art. 40, déclare que « lesdits puînés ont et doivent avoir, à cause » de leurdit Quint, la cinquième partie de » chacun desdits fiefs, pour le regard de ce » qui en échoit audit aîné, tant en terres, » *maisons*, rentes, prés, bois et héritages ».

2° Les droits honorifiques ne doivent point entrer dans la liquidation du Quint. L'annotateur de Duchesne en rapporte un acte de notoriété de la sénéchaussée d'Abbeville, du 28 juillet 1682; et telle est la disposition expresse de plusieurs coutumes. Celles de Saint-Quentin, art. 40, et de Ribemont, art. 70, disent que « *le droit de chambellage appar-* » *tient à l'aîné seul*, parceque, comme l'ob- » serve Buridan sur ce dernier texte, il est » plus honorable que profitable; et se paie à » raison de l'admission du vassal à foi et hom- » mage, qui n'appartient qu'à l'aîné ».

C'est dans le même esprit que l'art. 73 de la coutume d'Amiens laisse « entièrement à » l'aîné la provision et institution des offi- » ciers, fruits et émolumens de la justice, et » présentation aux bénéfices ».

Mais cet article demande quelques explications.

Deheu remarque que, « sous ce mot d'*offi-* » *ciers*, sont entendus en ce lieu les ministres » de justice seulement, encore que généra- » lement toute sorte de ministère puisse être » dite office: en cette signification limitée » (ajoute-t-il), notre coutume use souvent » de ce terme, comme quand elle dit, art. 137, » que tous contrats demeurent purs person- » nels, s'ils ne sont reconnus pardevant les » seigneurs féodaux ou leurs *officiers;* ce qui » ne se peut entendre que des officiers de jus- » tice; de même en ce lieu, parcequ'il est » certain que l'aîné ne peut commettre tel » receveur que bon lui plaît à la part de ses » puînés, ni pourvoir aux autres charges qui » ne concernent l'exercice de la justice ».

Les mots *fruits et émolument de la justice*, ne présentent pas un sens bien déterminé. Voici de quelle manière les explique l'auteur que nous venons de citer: « Ce sont les profits » que peut apporter l'administration de la

» justice, comme si l'aîné, la voulait exercer » en personne, ce qui procédera des saisines, » et investitures, et autres émolumens qui » s'acquièrent à cause dudit exercice, lui ap- » partiendront privativement aux autres : ou » si le greffe est baillé à ferme, il en profitera » seul, comme il doit faire des amendes ad- » jugées par ladite justice, d'autant qu'elles » sont comprises sous les fruits et émolumens » d'icelle ».

Mais c'est une question si l'on doit ranger sur la même ligne les confiscations qui ont été adjugées à l'aîné, comme seigneur, avant la distraction du Quint. Dufresne la traite pour et contre, et se détermine pour la négative. Voici comment il s'exprime :

« De la part de l'aîné, l'on peut dire que les terres confisquées ne retournent point au seigneur supérieur par droit de consolidation de la seigneurie utile avec la directe, ni par réversion du fief servant au fief dominant; mais comme haut-justicier, et en vertu de la puissance de vie et de mort qu'il exerce seul dans l'étendue de sa haute justice, par les officiers qu'il a droit d'y établir, à laquelle puissance les puînés n'ayant aucune part, ni aux fruits et émolumens d'icelle, ils ne doivent par conséquent avoir aucun profit aux confiscations.

» Néanmoins il semble qu'il y a plus d'équité de soutenir que les fiefs ou héritages confisqués, doivent être divisés entre l'aîné et les puînés pour la part et portion que chacun a au fief dominant, parceque, bien que la confiscation ne se fasse point par droit de consolidation ou réversion, qui a sa cause et son origine toujours fondées au contrat d'investiture et les conventions apposées en icelui, auxquels, par conséquent, tout le fief supérieur et chacune partie d'icelui doit participer; au contraire, qu'elle se fasse pour crime et délit, et ainsi pour une cause accidentelle qui doit être déclarée valable par les officiers qui adjugent la confiscation; toutefois il est constant que par icelle il se fait une réunion de plein droit du fief ou des héritages confisqués, avec tout le fief dominant duquel ils sont partis : autrement, si elle ne se faisait point aux parts et portions que ces puînés ont au fief dominant, il s'ensuivrait que ces portions de fief confisquées deviendraient, jusqu'à la concurrence des portions desdits puînés, comme fiefs en franc-alleu, sans seigneur et sans tenue et mouvance, qui serait la plus grande absurdité du monde.

» D'objecter que la réunion s'en ferait au principal manoir du fief, et aux quatre parts d'icelui qui appartiennent à l'aîné, *in vim* de la coutume, qui lui attribue à lui seul les fruits et émolumens de la justice; la réponse est que la coutume ne parle que des fruits et émolumens mobiliers et personnels qui suivent naturellement la personne et le corps du seigneur haut-justicier; comme les confiscations des meubles, les amendes en deniers ou grains, les profits provenans des greffes et autres semblables, mais non pas des confiscations d'immeubles, soit fiefs ou rotures, parceque, comme réels et fonciers, ils sont tenus et mouvans du fief dominant, et de chacune partie d'icelui, auxquelles la réunion s'en fait aussi de plein droit, et par conséquent jusqu'à la concurrence des portions qui en appartiennent aux puînés ».

3° Nous avons dit ci-devant que l'aîné peut retenir le Quint des fiefs, en fournissant aux puînés une récompense proportionnée à cette portion. C'est en effet ce que décident la plupart des coutumes dont nous parlons.

« Sauf pourtant que ledit aîné hoir aura la faculté de retenir les susdits fiefs, au dire et suivant l'estimation des gens de partage, ou d'autres prud'hommes, en donnant aux hoirs puînés, au lieu du susdit cinquième des fiefs, des héritages ou des meubles, jusqu'à la valeur du même cinquième ». (*Cassel*, art. 67).

« Bien entendu que le susdit héritier féodal pourra retenir sondit fief entier, en donnant par lui à ses frères et sœurs, au lieu du cinquième, de l'argent, des héritages, ou autres biens mobiliaires, jusqu'à la valeur du même cinquième, ou en le retirant et fournissant de son fief, au moindre préjudice; le tout à l'estimation des gens à ce connaissant ». (*Bailleul*, rubr. 7, art. 5).

« Peut ledit aîné, si bon lui semble, récompenser ses puînés audit Quint héréditat en autres terres de la succession de pareille valeur et estimation, s'il y en a pour ce faire.

» Et, s'il n'y a terres, le peut racheter à raison du denier vingt. Pour ledit rachat, ne sont dus aucuns profits seigneuriaux aux seigneurs dont le fief est mouvant.

» Si l'aîné rachète ou récompense ledit Quint, il est réuni au principal, pour être un seul fief, et non deux ». (*Amiens*, art. 74, 75, 77 et 78).

« Et néanmoins ledit fils ou fille peut retirer de ses puînés ledit Quint, en les récompensant en autres héritages roturiers de la succession, s'il y en a assez en la succession pour ce faire; et, s'il n'y en a assez, ou qu'il n'y en ait point du tout, peut, ledit aîné, les récompenser en argent, à raison du denier vingt, pour ce qui est situé du côté du Ver-

mandois et Artois, et du denier vingt-cinq, pour ce qui est du côté de France, au-delà de la rivière de Somme.

» Pour laquelle récompense ainsi faite, n'est dû aucun profit au seigneur féodal dont les choses sont tenues et mouvantes ». (*Péronne, art.* 570 et 172).

« Leurdit frère aîné pourra r'avoir et retenir à soi le Quint dans cinq ans, à compter du jour du décès de celui duquel lesdits fiefs proviendront et seront échus; récompensant iceux puînés, et leur baillant des terres féodales, ou autres de la même succession, si faire se peut, sinon le prix et valeur dudit Quint en deniers comptans, selon le dire et estimation d'experts et prud'hommes ». (*Chauny*, art. 73).

Les coutumes de la châtellenie de Lille et de la gouvernance de Douai annoncent clairement que tel est aussi leur esprit. L'art. 4 du tit. 3 de la première et l'art. 8 du chap. 2 de la seconde y sont formels; les termes en sont rapportés ci-devant, §. 1, nº 8.

Il y a une coutume qui défère aux puînés même l'option que les autres accordent à l'aîné: c'est celle de Tournai; voici comment elle s'explique là-dessus, chap. 11, art. 9: « Lequel Quint se doit exclicher et mettre » hors de la totalité, ou en recevoir l'estimation, si bon semble aux quintians, à diviser » entre eux également en chacun cas ».

Parmi les coutumes qui laissent cette option à l'aîné, il y en a qui ne fixent point le terme dans lequel il doit l'exercer; et sans doute elles sont censées ne la lui permettre qu'autant que les choses sont entières, c'est-à-dire, qu'autant que le partage n'est point fait et l'éclissement consommé.

On vient de voir que celle de Chauny limite à cinq ans l'exercice de cette faculté: celles d'Amiens et de Péronne le bornent à trois ans: « Laquelle récompense se doit faire » trois ans après la succession échue, si lesdits » fils et fille aînés sont majeurs de vingt-cinq » ans, et s'ils sont mineurs, ledit temps de » trois ans doit courir du jour de la majorité » seulement; et lequel temps de trois ans » passé, ledit aîné ou aînée n'est plus reçu à » faire ladite récompense ». Ce sont les termes de la coutume de Péronne, art. 191.

L'art. 75 de celle d'Amiens renferme à peu près la même disposition, mais il laisse indécises deux questions que la coutume de Péronne a tranchées:

La première est de savoir si le terme de trois ans n'est fixé que pour la récompense en deniers, et si la récompense en héritage peut se faire en tout temps.

La seconde, de quel jour court ce terme, si c'est de l'ouverture de la succession, ou du partage.

Sur la première question, la raison de douter résulte des art. 74 et 75. L'art. 74 porte en général, que l'aîné peut récompenser ses puînés en terres censuelles; l'art. 75 ajoute que, s'il n'y a point de terres, la récompense pourra être faite en deniers, « et ce en de- » dans trois ans après que ledit aîné sera » parvenu à l'âge de vingt-cinq ans; et, ledit » temps passé, n'y sera plus reçu ». Il semble, comme on le voit, que la coutume ne fait tomber la fixation du terme de trois ans, que sur le cas où l'aîné veut récompenser en argent.

Cependant il y a lieu de croire que ce n'est point là l'esprit de cette loi municipale: suivant l'art. 76, « pendant le temps de faculté » de rachat, lesdits puînés sont tenus user » dudit Quint, comme bons pères de famille, » sans rien démolir, ni couper les bois de » haute futaie ».

Cet article, dit Dufresne, « présuppose et » fait connaître que le temps que la coutume » a aussi entendu donner à l'aîné pour récom- » penser ledit Quint en terres, doit être de » peu de durée, et ne peut excéder trois ans » au plus, afin que les puînés, incontinent » iceux expirés, puissent user de leurs portions de Quint comme propriétaires incommutables, y démolir et couper pour leur » demeure et établissement, ou le faire ès » lieux de récompense qui leur seraient baillés par leur aîné ou autrement, comme ils » aviseraient: à quoi ils ne pourraient jamais » parvenir, ains au contraire, mener une vie » vagabonde, s'ils n'étaient assurés de leur » portion de Quint, ou de leur récompense » en autres terres dans les trois ans, lesquels » la coutume a acquis et exprimé au rachat » en deniers, comme le dernier cas pour tous » les deux, afin de n'user deux fois de la » même expression ».

Sur la seconde question, nous trouvons au *Journal des audiences*, un arrêt du parlement de Paris, du 20 décembre 1638, qui a jugé que « quand l'aîné est majeur lors de la succession » échue, les trois ans courent du jour du décès » du père, et non du partage seulement, en- » core qu'il fût représenté que la réunion du » Quint des fiefs aux fiefs entiers était favo- » rable, et que l'aîné n'était pas en état de » pouvoir user du bénéfice de rachat et de » réunion, introduite en sa faveur, jusqu'à ce » que, par le partage fait avec ses frères, il eût » connu les forces de son bien, et la commo- » dité ou incommodité de la réunion, par le » moyen des situations des terres. Mais aussi

» fut allégué que ce serait un motif et un » expédient très-propre pour obliger les aî- » nés, qui ont déjà de très-grands avantages » en Picardie, à faire partage facilement à » leurs puînés, pour discerner par l'événe- » ment d'icelui l'état des terres échus en leur » Quint ».

On vient de voir que, dans le cas où l'aîné est mineur au moment de l'ouverture de l'hérédité, les trois ans ne courent, soit dans la coutume d'Amiens, soit dans celle de Péronne que du jour qu'il a atteint l'âge de majorité. Ricard propose à ce sujet une question.

« *Quid* (dit-il), si l'aîné venant à mourir en minorité, délaissant en enfant mineur, les trois ans courront-ils pendant cette seconde minorité?

» Il faut dire que non (*répond-il*), pour pareille raison; comme aussi, si l'aîné avait été prisonnier de l'ennemi pendant ces trois ans, et en tout autre cas de nécessaire et invincible empêchement ».

Lavilette établit la même chose pour le cas où l'aîné majeur vient à mourir dans les trois ans, et laisse des enfans mineurs. Il assure même que son opinion a été suivie par une sentence du bailliage de Péronne, rendue sur productions en faveur d'une partie pour laquelle il avait écrit. Il ajoute qu'entre autres moyens, il avait employé l'apostille de Dumoulin, sur l'art. 215 de la coutume de Bourbonnais, dont voici les termes : *Si non plenè et perfectè jus quæsitum, et medium inhabile interveniat quod impediat extremorum conjunctionem, tunc extrema non conjunguntur.*

Cet auteur enseigne aussi, comme Ricard, que les trois ans ne courent pas contre un majeur que des obstacles légitimes empêchent d'exercer la faculté du rachat. « Nous en » avons (dit-il) un exemple dans la personne » de la demoiselle de Gacourt, ma nièce, qui, » plus de huit ans après la succession du feu » sieur de Chiremont, son père, fut reçue à » récompenser ses puînées de la part qu'elles » avaient en la terre de Chiremont, par ar- » rêt contradictoirement rendu à la grand'- » chambre, sur ce qu'elle fit voir qu'elle n'a- » vait pu plutôt y entendre, à cause des procès » qu'elle avait eus avec l'une de ses sœurs, » concernant la validité du testament de leur » père, en forme de partage ».

4° L'aîné peut-il céder à un tiers la faculté de rachat que lui accorde la coutume?

Lavilette répond qu'elle « est considérable, » et non communicable, parcequ'autrement » ce serait se jouer de la coutume, en la fai- » sant servir à démembrer une chose qu'elle » veut être conservée en son entier ».

Dufresne va même jusqu'à dire que l'aîné ne peut pas stipuler qu'il possédera à part, et comme un fief distinct, le Quint dont il fait le rachat, « parceque la coutume n'auto- » rise la dépossession des puînés, en faveur » de l'aîné, que pour la réunion, et lui donner » moyen d'augmenter et améliorer son fief. » C'est pourquoi (conclud Dufresne) j'estime » que, s'il avait fait une telle déclaration, » les puînés pourraient demander à rentrer » dans leur premier droit, c'est-à-dire, d'être » remis en la propriété et jouissance de leurs » portions de Quint à eux attribué par la » coutume, comme la cause et la fin du rachat » n'ayant point sorti effet par l'empêchement » de l'aîné, et que, *causâ finali non secutâ,* » *cessare debit effectus* ».

5° Lorsque l'aîné ne prend point le parti de la récompense en rotures ou en deniers, les puînés peuvent-ils demander que leur Quint, au lieu d'être distrait de chacun des fiefs de la succession, soit assigné sur un seul?

Dufresne soutient qu'ils ne le peuvent pas; « cela étant (*dit-il*) décidé par l'art. 170 de la » coutume de Péronne, joint que, par arrêt » donné au profit d'Antoine Trudaine et con- » sorts, contre le sieur de Lusières, il a été » jugé qu'un puîné ne peut prétendre une » seule terre pour tous les Quints de plu- » sieurs fiefs de la succession ».

Dufresne cite ici, mal à propos, la coutume de Péronne : elle ne décide nullement notre question; mais l'arrêt qu'il rapporte ensuite, n'en est pas moins juste, et cet auteur n'aurait pas ajouté que *cela semble contraire à la disposition du droit,* s'il avait pris le soin d'examiner la loi 27, D. *de legatis* 1° qu'il cite. *V.* l'article *Douaire*, sect. 5, §. 1, n° 2.

6° Une autre question est de savoir qui doit supporter les frais du partage des fiefs entre l'aîné et les puînés.

La coutume de Boulonnais décide, art. 62, qu'ils doivent être supportés *en commun*, c'est-à-dire, par l'aîné, pour quatre Quints, et par les puînés, pour le Quint restant.

Celle de Montreuil veut, au contraire, art. 9, que ceux-ci fassent *limiter et séparer leursdits Quints ou portions de Quints à leurs dépens.*

Celle de la châtellenie de Lille porte également, tit. 3, art. 3 : *droit de Quint se doit éclisser, quand bon semble au principal héritier dudit fief, aux dépens de celui qui l'appréhende.*

Telle est aussi la disposition de la coutume de la gouvernance de Douai, chap. 2, art. 5 : *Et est tenu le frère ou sœur aînée, seigneur*

des quatre parts, leur consentir partage, délaissement et séparation de leur droit de Quint, part et portion de Quint appréhendé et relevé aux dépens desdits puînés, et sans ses frais en sorte aucune.

Ces trois coutumes dérogent, comme on le voit, aux principes généraux des partages; aussi ne doit-on pas les étendre hors de leurs territoires. L'art. 62 de celle de Boulonnais est plus juridique.

7° Les puînés sont-ils tenus de contribuer, à proportion de leur Quint, au paiement des dettes de la succession?

On a vu ci-devant, §. 1, n° 6, que la coutume de la châtellenie de Lille les en décharge totalement. Celle d'Amiens a une disposition différente : « Ledit Quint (dit-elle, » art. 80) est attenu aux charges et dettes de » la succession, *prorata* de l'émolument tant » seulement ».

Cette disposition a été étendue par l'usage et la jurisprudence, à la coutume de Péronne, Roye et Mont-Didier. L'annotateur de Ricard, sur l'article que nous venons de transcrire, s'explique ainsi : « On tient, en la » coutume de Mont-Didier, que ces mots de » l'art. 198, *sur les terres et meubles*, doivent » faire répandre les dettes non mobilières sur » tous les biens, et qu'ils établissent une pro» portion eu égard à ce que chacun a les » mêmes biens; il a été jugé en conséquence, » par arrêt du 30 août 1625, entre les sieurs » de Bournonville, que les dettes seraient » payées entre l'aîné et les puînés, à propor» tion de l'émolument, même pour les fiefs » où l'aîné prend les quatre Quints ».

La coutume de Ribemont décide, art. 71, que les puînés *sont tenus, pour portion de leur Quint, contribuer aux charges.*

La coutume de Saint-Quentin en dispose de même, art. 40 : « Et sont aussi tenus iceux » puînés contribuer, pour leur part et por» tion, aux charges anciennes et autres qui » étaient dues sur lesdits fiefs ès-jours des » trépas de leursdits père et mère respecti» vement, et dont lesdits fiefs où ils prennent » ledit Quint, sont chargés, et aux menues » réparations, entretenemens nécessaires des » héritages et gages des officiers ».

Le mot *charges* peut-il, dans ces deux dernières coutumes, s'entendre des dettes?

Non, il doit être restreint aux charges réelles : la seconde des lois dont il s'agit, le suppose très-clairement, et cela résulte pour l'autre, du principe qu'un usufruitier ne doit supporter aucune dette personnelle, ni même hypothécaire du défunt; car le Quint, dans la coutume de Ribemont, comme dans celle de Saint-Quentin, est purement viager.

C'est par le même principe que l'art. 174 de la coutume de Péronne, après avoir établi que « le Quint héréditai n'a lieu ès duchés, » marquisats et comtés, èsquels les puînés » n'ont ensemble qu'un seul Quint viager », ajoute qu'ils prennent et possèdent ce Quint *franc et quitte de dettes.*

V. Quelle est, par rapport à la mouvance, la condition des puînés qui ont appréhendé leur Quint? Le relèvent-ils de leur aîné, ou du seigneur supérieur?

Sur ce point, les coutumes ne s'accordent pas; mais celle d'Artois porte, art. 102, que « le Quint ou portion de Quint se droiture à » pareil relief et droiture, comme le fief prin» cipal ». Ces termes ne décident pas nettement notre question; mais l'art. 101 est plus précis : *Pour acquérir droit réel et de propriété en héritages succédés et échus, il est requis de relever ou appréhender, soit le gros du fief, ou le Quint, ou portion d'icelui, et les droitures* DES SEIGNEURS *dont ils sont tenus et mouvans;* « et non les aînés (dit Maillart), » parceque notre coutume n'est pas de pa» rage, comme sont partie des coutumes du » royaume.....; de sorte qu'on suit présente» ment, en Artois, l'ordonnance faite par » Philippe-Auguste, le 1er mai 1209, en pré» sence des comtes de Boulogne et de Saint» Pol, feudataires d'Artois, laquelle décide » que les portions démembrées des fiefs doi» vent être relevées des seigneurs d'où relève » le gros fief ».

Cette interprétation est confirmée par l'art. 3 de la coutume locale de Montreuil : « En » ce qui est en la comté d'Artois, les puînés » sont tenus de relever leur Quint ou portion » de Quint du seigneur duquel tout fief est » tenu. En la coutume de Boulonnais, les » puînés sont tenus de relever leurs portions » de Quint de leurs frères et sœurs aînés, » seigneurs de quatre parts ».

Ce que dit cet article par rapport au Boulonnais, est conforme à l'art. 62 de la coutume de cette province : « Ne paieront lesdits » puînés aucun relief à leur aîné, pour leur » portion dudit Quint; mais, venus en âge, » seront tenus faire la foi et hommage à leur» dit aîné ou autre seigneur des quatre parts; » avenant la mort desdits puînés, leurs hé» ritiers seront tenus de relever dudit seig» neur des quatre parts, de relief, tel que le » corps municipal du fief duquel ledit Quint » est tenu ».

La disposition de la coutume d'Artois pa-

rait être adoptée par celle de Chauny : les art. 73 et 75 obligent les aînés à laisser aux puînés un *Quint hérédital;* et l'art. 76 ajoute : « Sera ledit fils aîné ou fille tenu relever » et droiturer pour *tous fiefs des seigneurs* » *dont ils sont tenus* ».

La coutume d'Amiens a pris un milieu entre les deux partis. « Le puîné (porte-t-elle, » art. 79) relève ledit Quint de son aîné pour » la première fois, et ne paie pour icelle » aucun droit de relief; mais, par après, » ledit Quint, et chacune portion d'icelui se » doit relever du seigneur dont le total du » fief est tenu ».

L'art. 163 de la coutume de Péronne contient la même disposition : « lesdits fils ou » filles aînés doivent relever du seigneur féo» dal ledit Quint des puînés, et les acquitter » de ce qu'ils pourraient devoir à cause de » leurdit Quint, pour la première fois. Et » lesdits puînés, chacun pour leurdite part » et portion, doivent relever de l'aîné pour » icelle première fois. Et, mutation advenant » en la personne desdits puînés, leurs suc» cesseurs et ayant-cause entrent en foi en» vers le seigneur du fief, comme devant ».

Il paraît qu'anciennement on prenait un autre tempéramment, c'est-à-dire, qu'on laissait aux puînés le choix de tenir leur Quint de leur aîné ou du seigneur supérieur. C'est du moins ce qu'enseignait Boutteiller, dans sa *somme rurale*, tit. 76, art. 5 : « Et, si c'était » en pays où la coutume souffre que le fief » soit escliché de autant que le Quint peut » valoir, sachez que l'esclichement sera tenu » aussi hautement que le propre fief; car, » s'il a haute justice, aussi l'aura celui qui en » sera escliché, et le relèvera, et le tiendra » le frère à qui sera escliché, du seigneur » de qui le fief sera tenu, si il lui plaît, ou » de son aîné frère, si il lui plaît; et, l'un » pris et choisi, il ne peut jamais retourner » à l'autre ».

Cet ancien droit s'est conservé dans plusieurs coutumes qu'il est important de connaître.

« Lesdits puînés et chacun d'eux peuvent et ont la faculté et choix d'appréhender et relever leursdits droits de Quint, part et portion de Quint, de leur frère aîné ou sœur aînée, par faute de mâle, seigneur ou dame des quatre parts, si, *au gros du fief y a seigneurie vicomtière*, en payant ledit droit de relief que seront tenus faire et payer à tel hommage que les autres hommes des fiefs d'icelle seigneurie, ou appréhender et relever du seigneur duquel tout ledit fief serait tenu et mouvant, à tel droit de relief, foi et hommage que doit le seigneur des quatre parts d'icelui fief.

» L'héritier de Quint ou portion de Quint séparé d'un fief, *non ayant justice de vicomte*, le doit tenir du seigneur duquel le principal fief est tenu, et à semblable relief ». (Gouvernance de Douai, chap. 2, art. 5, chap. 3, art. 1; châtellenie de Lille, tit. 3, art. 7).

« Peuvent les quintians tenir leurs parts esclichées du seigneur dont tel fief quintié est tenu mouvant, ou du même fief duquel ledit Quint serait escliché ». (Tournai, chap. 11, art. 9).

« Les enfans puînés pourront partager et diviser également ledit cinquième en autant de portions qu'ils sont d'enfans; et chacun restera propriétaire de sa portion et homme de fief relevant de la cour dont le fief du frère est tenu, ou du frère aîné, à son option ». (Châtellenie de Cassel, art. 68).

« Lesdits enfans pourront démembrer et partager le susdit cinquième également entre eux, en autant de parts qu'ils sont d'enfans; et chacun demeurera propriétaire de sa portion et homme de fief du susdit héritier féodal, *si tant est qu'il ait le pouvoir d'arrière-fief;* sinon, de la cour dont le fief dudit héritier féodal est tenu ». (Châtellenie de Bailleul, rubr. 7, art. 6).

Le passage de Bouteillier que nous avons cité, prouve que le Quint démembré était, du temps de cet auteur, considéré comme *tenu aussi hautement que le propre fief.* Cette jurisprudence subsiste encore dans la coutume de la châtellenie de Lille, suivant laquelle, tit. 3, art. 5, « l'héritier d'un Quint de fief » esclissé a telle justice que l'héritier du prin» cipal fief ».

C'est d'après cet ancien droit, que l'art. 79 de la coutume d'Amiens déclare qu'il « se fait » semblable service pour ledit Quint, et cha» cune portion d'icelui, que devait le total » dudit fief ». Dufresne conclud de ce texte, que « les puînés, devenant vassaux du seig» neur supérieur, auront pareille seigneurie » et justice, c'est-à-dire haute, moyenne et » basse en leurs portions, que les seigneurs » supérieurs dont elles sont tenues et mou» vantes, se trouveront avoir, et leurs petits » fiefs réputés nobles et tenus en plein hom» mage, d'autant que l'art. 25 le présuppose » et induit nécessairement, et par conséquent, » auront droit d'établir officiers, faire édifier » colombier à pied, etc. ».

La coutume d'Artois porte également, art. 101, que « le Quint ou portion de Quint se » droiture à pareil relief et droiture que le

» fief principal, et est chacune portion tenue » à pareille prérogative, comme le princi- » pal ». Maillard en rend cette raison : « Puis- » que la partie démembrée est chargée des » mêmes droits et devoirs que le total du fief, » il est bien juste qu'elle ait les mêmes pré- » rogatives ».

Ainsi, il faut sous-entendre la même disposition dans les coutumes qui soumettent le Quint au même relief et aux mêmes devoirs de vassalité que le gros du fief. Ces coutumes sont celles de la gouvernance de Douai, chap. 2, art. 5; de Boulonnais, art. 62, etc.

§. III. *Lorsque l'un des puînés renonce à sa portion dans le Quint, ou meurt, soit après l'avoir appréhendée, soit sans appréhension préalable, cette portion accroît-elle aux autres puînés, ou se réunit-elle au gros du fief?*

I. Cette question est très-compliquée; on peut cependant, en général, distinguer les les coutumes où le Quint est viager, de celles où il est héréditaire.

Dans les premières, il y a toujours lieu au droit d'accroissement, lorsque le puîné renonce ou décède avant d'avoir appréhendé sa portion. C'est ce qu'établit Duchesne, sur la coutume de Ponthieu, art. 1 : « Un puîné » (dit-il) est en droit d'appréhender le Quint » viager en entier, lorsque les autres n'ap- » préhendent point leur part, parcequ'ils y » sont tous appelés *in solidum*, et que *solo* » *consensu fiunt partes* ».

Le même auteur ajoute : « S'il arrive qu'un » cadet succède à son frère aîné avant que d'a- » voir demandé sa part du Quint viager, il ne » laisse pas de la conserver et confondre en » sa personne, par la raison que ce sont deux » droits différens, qui se prennent en deux » successions différentes (1) ».

Mais, continue l'annotateur de cet interprète, « si un puîné décède sans avoir ap- » préhendé sa part de Quint viager, cette » part n'accroît point à l'aîné, mais elle re- » tourne aux autres puînés, *jure non de-* » *crescendi* ».

Cette doctrine est conforme à l'art. 37 de la coutume de Saint-Quentin : « Si aucun ou » aucuns desdits héritiers puînés se sont fait » maintenir et garder audit Quint desdits » fiefs, et non les autres; celui ou ceux qui » auront ce fait, jouiront seuls dudit Quint, » et non les autres : mais, quand ils s'y feront » maintenir et garder, ils en jouiront comme » leurs co-héritiers, et partiront ledit Quint » également ».

Mais l'accroissement a-t-il lieu, lorsque l'un des puînés décède après avoir appréhendé sa part ?

L'affirmative paraît incontestable, d'après le principe, qu'en matière d'usufruit, l'acceptation n'est point censée faire part, et que le survivant de plusieurs co-usufruitiers appelés par une même disposition, doit jouir, par accroissement, des portions de ses prédécesseurs. C'est aussi ce que décident expressément les coutumes de Saint-Quentin et de Ribemont. « A mesure qu'ils (les puînés) dé- » cèdent, accroît ledit Quint au survivant » jusqu'au dernier ». Ce sont les termes de la première, art. 37. La seconde dit, art. 74 : « Aussi ne retourne à l'aîné, et ne lui ac- » croît le Quint viager, lequel, par le décès » d'aucuns puînés, accroît aux autres puînés, » et successivement, mais la propriété re- » tourne audit aîné, après la mort desdits » puînés, le dernier vivant tenant le tout ».

La coutume de Ponthieu en dispose tout autrement, mais il est évident qu'elle doit être renfermée dans son territoire; voici ce qu'elle porte, art. 1 : « Si aucun ou aucuns » desdits enfans puînés va de vie à trépas, après » l'appréhension par lui faite dudit Quint, sa » part et portion retourne à l'héritier, et non » en rien aux autres enfans ». Ainsi, il faut, dans cette coutume, bien distinguer le cas où le puîné est mort avant l'appréhension de sa part, de celui où il est décédé après. Cette

(1) Nous ne transcrivons ici cette proposition que pour établir en général, que le droit d'accroissement est admis en Ponthieu; car elle paraît fausse, et elle est combattue par l'annotateur de Duchesne :

« Il doit demeurer pour certain (ce sont les termes de cet auteur) que, dans cette hypothèse, le puîné devenu aîné avant que d'avoir obtenu le décret à sa part de Quint, la perd, et qu'elle retourne à ses frères puînés, *jure non decrescendi*. Les deux successions se trouvent, en quelque sorte, identifiées en la personne de ce puîné devenu aîné. La plénitude de l'hérédité a toujours demeuré entre les mains de l'aîné, tant qu'on n'a point demandé de décret. La loi n'a saisi que lui seul.

» Au décès de l'aîné, celui qui lui succède, recueille donc l'hérédité entière du père, et c'est à lui que les autres puînés doivent s'adresser pour avoir délivrance. Il doit être, quant à ses frères puînés, dans la même position que s'il fût décédé sans avoir formé sa demande en décret, puisqu'il est vrai qu'il ne peut point la former lui-même, par une suite de la maxime, *nemo potest esse sibi debitor et creditor* ».

V. ci-après, n° 2.

distinction est fondée, comme le remarque Duchesne, sur l'art. 1, dont on vient de lire les termes, et sur l'art. 60, portant qu'on n'a rien au Quint viager, sans l'avoir appréhendé. « Il semble, en effet (dit cet auteur), qu'un » puîné venant à mourir sans appréhension, » on doive le regarder comme n'y ayant » jamais eu de part; ce qui fait qu'il ne peut » s'en faire aucun retour au profit de l'aîné ».

On a prétendu que la minorité d'un puîné, décédé en bas âge, devait suppléer au défaut d'appréhension, et qu'en conséquence sa part devait accroître à l'aîné, comme si elle eût été appréhendée; mais une sentence de la sénéchaussée d'Abbeville, du 3 novembre 1689, rapportée par le commentateur que nous venons de citer, a proscrit ce système.

A l'égard des coutumes où le Quint est héréditaire, il y en a qui rejettent le droit d'accroissement, d'autres qui l'admettent, et quelques-unes qui n'en parlent nullement.

Celles qui le rejettent, sont la châtellenie de Lille, la gouvernance de Douai, Tournai et Artois. Voici comment elles sont conçues:

« Quand celui à qui ledit Quint ou portion d'icelui est échu, finit ses jours sans l'avoir judiciairement appréhendé, ou lui a été consenti par l'héritier, icelui droit est éteint et consolidé, dès l'instant dudit trépas, au gros du fief, au profit de l'héritier d'icelui ». (*Châtellenie de Lille*, tit. 3, art. 5).

« Que, si lesdits puînés ou aucuns d'eux terminent de vie par trépas, sans avoir appréhendé, relevé et droituré leur part du droit du Quint, leurs parts ou part échéent au profit de l'aîné, et se réunissent aux quatre parts et gros des fiefs, sans que, en après, leurs enfans ou héritiers y puissent plus avoir et n'y ont aucun droit ». (*Gouvernance de Douai*, chap. 2, art. 8).

« Si aucuns des mainés décèdent ou entrent en religion professe, sans avoir demandé leur part et portion dudit Quint, il s'éteint au profit de l'aîné ». (*Tournai*, chap. 11, art. 10).

« Si aucuns des puînés délaissant à appréhender leur part et portion de Quint, telle part non appréhendée demeure au gros du fief ». *Artois*, art. 103).

Dumoulin a laissé, sur ce dernier texte, une note conçue en ces termes: *Scilicet quandò* POST ACCEPTATIONEM *non utuntur vel sine liberis moriuntur, quia tunc fecerunt partem; secùs, si repudiárunt vel inhabiles fuerunt, quia tunc partem non faciunt reliquis secundò genitis, quibus, ut satis habilibus acceptantibus, totum Quintum jure non decrescendi remanet.*

On voit que Dumoulin distingue le cas où le puîné n'appréhende pas son droit de Quint, après l'avoir accepté, de celui où il le répudie expressément; et que, dans le premier, il donne lieu au droit d'accroissement, contre la lettre de la coutume. Mais cette distinction est dénuée de tout fondement: combattue par le texte littéral de l'art. 103, *délaissent à appréhender*, elle ne pourrait être défendue que par des inductions tirées de l'esprit de la même loi, ou par un usage ancien, constant et uniforme; or, l'esprit de la coutume ne présente rien qui puisse la favoriser; et l'usage nous paraît la contrarier absolument.

Les coutumes qui admettent en termes exprès le droit d'accroissement au profit des puînés, sont celles d'Amiens et de Péronne; et, ce qu'il y a de remarquable, elles ne l'admettent pas seulement pour le cas où l'un des puînés vient à mourir sans avoir appréhendé sa part, mais encore lorsqu'il en a fait une appréhension réelle et en bonne forme avant son décès.

Voici les termes de ces lois:

« La part des puînés qui s'abstiennent d'appréhender ledit Quint, ou l'ayant appréhendé, décèdent sans enfans ou sans en avoir autrement disposé, accroît aux autres puînés qui la veulent appréhender, et non à l'aîné; mais si tous étaient décédés sans enfans, et sans en avoir disposé, lesdites portions retournent et sont réunies au fief dont elles sont parties, pour être un seul fief, et non plusieurs ». (*Amiens*, art. 81).

« Ledit Quint héréditaire baillé aux puînés, accroît entre iceux puînés, frères et sœurs, s'il n'y a enfans du décédé, *comme aussi fait le viager, lequel, avec ledit Quint héréditaire, ne revient à l'aîné*, que les puînés ne soient décédés ». (*Péronne*, art. 175).

Les coutumes muettes sur le droit d'accroissement, par rapport au Quint héréditaire, sont Boulonnais, Chauny, Cassel et Bailleul.

Il paraît, sans difficulté, que l'accroissement doit être reçu en faveur des puînés, dans le cas où la mort de l'un d'eux n'a point été précédée, de sa part, d'une acceptation ou appréhension de son droit de Quint. En effet, il est de principe que l'accroissement doit se faire au profit des héritiers appelés collectivement *eodem jure*; et que ce n'est qu'à défaut de ceux-ci, qu'il peut opérer en faveur de ceux qui succèdent *diverso jure*. C'est ce que nous avons démontré aux mots *Institution contractuelle*, §. 10, n° 6. Or, les puînés

sont appelés en nom collectif et *eodem jure* au Quint des fiefs de leur père et de leur mère : l'aîné, au contraire, ne trouve, dans la loi, de vocation qu'aux quatre Quints; ainsi, l'on peut dire, lorsqu'il prend le cinquième Quint, qu'il le fait par un droit tout différent de celui qu'ont ses frères et sœurs, *diverso jure*. L'accroissement doit donc opérer en leur faveur plutôt qu'à son profit, lorsqu'il peut y avoir lieu à ce droit; ce qui arrive toujours dans les dispositions conjonctives, quand l'un des appelés meurt sans avoir accepté sa portion, et, par conséquent sans avoir consommé son droit, ou, en d'autres termes, sans en avoir fait part.

Il en est tout autrement, lorsque le puîné dont il s'agit de déférer la portion, l'a acceptée ou appréhendée avant de mourir, parcequ'alors il a fait part, et que, suivant les maximes généralement adoptées en cette matière, il ne peut y avoir lieu, dans cette espèce, au droit d'accroissement en faveur des co-appelés; ce qui amène nécessairement la conséquence, que l'aîné doit prendre la portion de son frère à titre d'héritier collatéral, titre qui, dans les coutumes dont nous parlons, lui assure tout ce qui se trouve de féodal dans l'hérédité.

Quelques-uns, néanmoins prétendent qu'il ne faut pas distinguer comme nous le faisons, et que dans l'un et l'autre cas, on doit suivre, sous les coutumes dont il s'agit, les dispositions de celles d'Amiens et de Péronne.

Mais sur quoi fondent-ils ce système? Sur deux arrêts des 30 avril 1686 et 25 mai 1700, rendus, l'un dans la coutume de Chauny, entre la dame de Montater et la duchesse d'Estrées; l'autre, dans la coutume de Boulonnais, entre le comte de Créqui et le marquis de Mailloc. *Il n'est pas difficile* de répondre à ces préjugés.

1° L'arrêt du 30 mai 1686 n'est pas assez connu, pour qu'on puisse en tirer un argument sûr. Son existence n'est constatée que par la citation qui en est faite vaguement dans un mémoire inséré au second tome du *Coutumier de Picardie*, et l'on n'y voit pas si, dans l'espèce sur laquelle il a été rendu, le puîné, dont la portion a été adjugée à la dame de Montater, fille d'une cadette, à l'exclusion de la duchesne d'Estrées, fille de l'aîné, avait fait son appréhension avant de décéder, ou s'il était mort sans s'être mis en règle à cet égard.

2° Il est vrai que l'arrêt du 25 mai 1700 a jugé, *in terminis*, que l'accroissement a lieu dans le Boulonnais, en faveur des puînés survivans, quoique le puîné prédécédé ait accepté sa part, et en ait joui: mais le Boulonnais ne doit point être, à cet égard, confondu avec les autres provinces. Il faisait autrefois partie du bailliage d'Amiens; il en a suivi la coutume jusqu'à la première rédaction de celle qui lui est propre; il semble donc que les cas sur lesquels la coutume de Boulonnais a gardé le silence, doivent être décidés par celle d'Amiens, comme loi originaire et primordiale de ce district.

Cette manière de raisonner n'est point nouvelle; Dumoulin s'en est servi, il y a long-temps, pour prouver qu'une disposition de la coutume du Maine devait être adaptée à celle d'Anjou: *Quia* (dit-il sur la coutume d'Anjou, art. 273) *utraque provincia fuit olim sub eodem domino et eâdem consuetudine.*

On a prétendu, à la vérité, dans le procès jugé par l'arrêt de 1700, que la sénéchaussée de Boulogne n'avait jamais été régie par la coutume générale d'Amiens. Mais le défenseur du marquis de Mailloc a très-bien établi le contraire. Voici comment il s'est expliqué sur ce point :

« Le comté de Boulonnais appartenait autrefois à la maison de la Tour; il fut cédé par le traité d'Arras, de 1435, par Charles VII, au duc de Bourgogne, pour lui et son hoir mâle, sauf à indemniser la maison de la Tour; il était, en ce temps, de l'hommage de l'Artois, et en faisait partie. Ces comtés de Boulonnais et l'Artois étant possédés par des seigneurs particuliers, étaient, de droit, du ressort et de la dépendance du bailliage royal plus voisin, qui était le bailliage d'Amiens. Le roi Louis XI ayant, après la mort du dernier duc de Bourgogne, arrivée en 1478, traité par échange du comté de Boulogne avec Bertrand de la Tour, le Boulonnais fut réuni avec la couronne, et cessa, par ce moyen, d'être de la dépendance du bailliage d'Amiens. Le roi y érigea une sénéchaussée royale, du ressort immédiat du parlement, et on y rédigea, en 1497, une coutume particulière.

» Et, ce qui prouve encore que le Boulonnais faisait autrefois partie du bailliage d'Amiens, est que, lors de la rédaction de l'ancienne coutume d'Amiens, le Boulonnais fut assigné pour comparaître à cette rédaction, par une *suite* de son ancienne dépendance, comme il paraît par le procès-verbal de l'ancienne coutume d'Amiens, de 1507 ».

II. Mais revenons aux coutumes d'Amiens et de Péronne, et occupons-nous des questions qui naissent de leurs dispositions.

La première est de savoir si le puîné qui succède à son frère aîné, et, par là, devient lui-même aîné, doit abandonner la portion qu'il avait prise avec ses autres puînés dans le Quint des fiefs, et si, en conséquence, cette portion doit s'accroître à ceux-ci.

L'art. 176 de la coutume de Péronne la décide pour l'affirmative : « Et, si ledit aîné » décède sans hoirs de sa chair, l'aîné d'après » lui succède auxdits fiefs entièrement : et, » en ce cas, la portion qu'il avait audit Quint » héréditaal ou viager, avec sesdits puînés, ou » en la récompense qu'il a eue en icelui, » accroît aux autres puînés par égale por- » tion ».

Il a été fait, au bailliage d'Amiens, le 20 novembre 1625, une enquête par turbes sur la question de savoir si cette disposition devait y être étendue; mais, dit Dufresne, « elle n'a rien préjugé pour la diversité d'avis » des turbiers, et il ne s'en est ensuivi d'ar- » rêt ».

Les partisans de la négative, ajoute cet auteur, se fondent sur deux raisons :

« 1° Sur ce que ce sont deux divers droits et de différentes successions qui ne sont nullement incompatibles;

» 2° Que l'accroissement des portions de Quint aux autres puînés, n'est introduit qu'en deux cas, savoir, lorsqu'aucuns des puînés s'abstiennent d'appréhender ledit Quint, ou, l'ayant appréhendé, décèdent sans enfans et sans en avoir disposé, et non point lorsque l'un des puînés devient aîné ».

» Néanmoins (c'est toujours Dufresne qui parle), il faut tenir l'affirmative; car l'art. 81, bien entendu, contient implicitement la même disposition que l'art. 176 de la coutume de Péronne, d'autant que, par une conjonction légale *re et verbis*, il introduit un accroissement perpétuel aux puînés entre eux de leurs portions de Quint : *sans*, porte l'article, *que lesdites portions puissent retourner à l'aîné, sinon après tous les puînés décédés sans enfans et sans avoir disposé, pour icelles être réunies au fief dont elles sont parties, pour être un seul fief et non plusieurs.* Et cela se confirme par trois raisons fort considérables :

» La première, que l'accroissement introduit par cet article, est une fiction que la coutume fait que les puînés succèdent l'un à l'autre ès portions de Quint, comme en ligne directe et non collatérale, parcequ'elle conjoint les deux cas exprimés en l'article, savoir, des puînés qui s'abstiennent d'appréhender, et l'autre des puînés qui, ayant appréhendé, décèdent sans enfans. C'est pourquoi, par la même fiction, lorsque l'aîné vient à décéder, et que le plus âgé des puînés entre en son lieu, on doit présumer, en ce qui regarde le fief et la portion de Quint qu'a ce puîné de son fief, que c'est encore un effet de la succession directe, et partant qu'il la doit quitter à ses autres puînés.

» La seconde raison est qu'arrivant le décès d'aucuns des autres puînés, leurs parts et portions de Quints ne pourraient plus accroître au puîné devenu aîné, mais seulement aux autres puînés survivans, attendu que le premier en serait incapable à cause du droit d'aînesse résidant en sa personne. Et, de fait, j'ai appris qu'il a été ainsi jugé au bailliage d'Amiens...., par sentence du 10 juillet 1624. Ainsi, il arriverait que les portions de Quint desdits puînés décédés accroîtraient, non au total du Quint, mais seulement aux portions des puînés devenus survivans, et non point à la portion possédée par ledit puîné devenu aîné; ce qui serait un accroissement pour partie, contre la teneur de l'art. 81, et contre l'individuité du droit de Quint, introduite par icelui, tant qu'il y a des puînés.

» La troisième raison est que, comme le puîné devenu aîné ne succéderait point aux portions de Quint des puînés qui viendraient à décéder, en laissant encore d'autres puînés, il s'ensuivrait par pareille raison que ce puîné, devenu aîné, venant à décéder, sa portion de Quint ne devrait accroître à ses autres puînés, par la maxime, *quod quisque juris in alterum statuerit, ipse eodem utatur* (Digeste, liv. 2, tit. 2), et que *eadem est ratio activi quæ passivi, et contrà.* Tellement que ladite portion de Quint écherrait avec les quatre Quints au puîné suivant, qui deviendrait aîné. Et ainsi, l'accroissement introduit et tant recommandé par cet art. 81, serait encore violé et renversé, au détriment des autres puînés, auxquels la coutume a voulu pourvoir par cette voie, pour modérer en quelque sorte les droits de l'aîné ».

III. Ce qu'un père assigne à ses enfans puînés pour leur tenir lieu de Quint, est-il sujet au droit d'accroissement comme le Quint même?

L'art. 83 de la coutume d'Amiens adopte l'affirmative pour le cas où l'assignat consiste dans une rente perpétuelle : « Quand père » ou mère donnent à aucuns de leurs enfans » puînés rente héréditale pour leur portion » de Quint, encore qu'elle ne soit réalisée » et hypothéquée, elle est réputée héritage,

» et de telle nature et condition qu'eût été » le Quint des fiefs de père et de mère qui » fût avenu audit puîné par leur décès ».

Dufresne demande si l'on peut appliquer à une somme de deniers, ce que décide cet article par rapport à une rente, et si, en conséquence, les puînés doivent succéder par droit d'accroissement aux deniers que leur sœur a reçus en mariage, au lieu de sa portion de Quint?

« Il faut tenir l'affirmative (dit-il), pour » plus grande équité, d'autant que, comme » la fille puînée, avantagée en deniers, ne » laisse de succéder à ses frères puînés en » leurs portions de Quint (comme on l'éta- » blira ci-après), aussi est-il juste et rai- » sonnable que sesdits frères lui succèdent » réciproquement aux deniers de récompense » qui lui ont été donnés au lieu de sa por- » tion de Quint, *ut sit eadem ratio passivi* » *quæ activi*, puisqu'en cela il n'y a rien » du fait des puînés, et que c'est une diffé- » rente façon que le père et la mère peuvent » choisir pour avantager une puînée, et en » sa personne, en cas de décès sans enfans, » les autres puînés par forme d'accroissement » de Quint, à l'exclusion de leur aîné, tou- » jours assez avantagé par la coutume ».

L'art. 176 de la coutume de Péronne décide la même chose que le 83e de celle d'Amiens, mais d'une manière plus générale : il assujétit à l'accroissement *la récompense* que le puîné *a eue en icelui*, c'est-à-dire, dans le Quint; et, comme on le voit, il ne distingue pas si la récompense a été fournie en rentes, ou en deniers, ou en héritages.

« Il y en a pourtant (dit Lavilette) qui » tiennent que la récompense s'étant faite » en argent, il n'y a lieu à l'accroissement, » à cause que les meubles n'ont pas de suite : » mais l'arrêt du petit-Hangest (rendu en » forme de réglement, le 22 juin 1630), sem- » ble au contraire, aussi-bien que l'art. 176 ».

Quelques plaideurs aveugles ont voulu méconnaître, même dans les immeubles assignés en récompense de Quint, la subrogation que les deux coutumes, dont nous venons de parler, établissent par rapport au droit d'accroissement. Mais leur prétention a été rejetée, dit Brodeau, « par arrêt provisionnel du » jeudi 14 mars 1630...., touchant la terre » et seigneurie de Quérieux, donnée à tous » les puînés pour leur Quint héréditał par » leur mère, et depuis par l'arrêt définitif » donné en la grand'chambre, au rapport » de M. Camus, le 12 juillet 1631 (sur un » appel du bailliage d'Amiens). Le même » jugé en la coutume de Péronne, sur l'inter- » prétation de l'art. 175, encore que le père, » par les contrats faits avec ses puînés, leur » eût baillé à chacun au lieu de leur Quint, » un fief entier à part et devis, de sorte » qu'ils n'avaient rien possédé en commun et » par indivis, par arrêt du mardi matin, 4 » janvier 1633..., conformément aux conclu- » sions de M. l'avocat général Talon ».

IV. Les puînés peuvent-ils, après la mort de leur frère, prendre par droit d'accroissement la portion de Quint dont il n'a point disposé, sans se rendre héritiers de sa personne?

« J'estime (répond Ricard) que, pour résoudre cette Question, il faut distinguer, et dire que, si quelques-uns des puînés renoncent, leurs parts appartiennent aux autres puînés par droit d'accroissement, ou de non décroissement; ce qui n'importe, sans qu'ils soient obligés de se porter héritiers de ceux qui renoncent, attendu que, par le moyen de leur renonciation, ils sont réputés n'avoir jamais rien eu au Quint dont il s'agit.

» Mais, si tous les puînés acceptent, et qu'ensuite quelques-uns d'entre eux viennent à décéder sans enfans et sans avoir disposé des portions qu'ils avaient au Quint, je ne fais pas de difficulté que les survivans ne peuvent rien y prétendre qu'en se portant héritiers des puînés prédécédés, et qu'il faut dire que les portions accroissent, en ce cas, par droit de succession *ab intestat*, d'autant que l'accroissement, en matière de propriété, n'a jamais lieu seul et sans bénéfice de la succession, que quand quelques-uns de ceux qui étaient appelés conjointement à la chose, n'y ont jamais pris aucune part; et ce droit cesse dès le moment que la chose a appartenu à plusieurs.

» Aussi l'art. 81 de la coutume d'Amiens suppose-t-il assez que les survivans ne trouvent ces portions que dans les successions des prédécédés, en ce qu'il ne leur donne qu'en cas que les prédécédés n'en aient pas disposé.

» Et, d'ailleurs, il s'ensuivrait autrement, si ces portions appartenaient aux survivans par droit d'accroissement ou de non décroissement, que les prédécédés n'auraient été que simples usufruitiers; ce qui est contraire à l'intention de la coutume ».

Il y a de la subtilité dans ces raisons; mais elles nous paraissent peu solides. La coutume d'Amiens déclare expressément que la portion des puînés prédécédés, lors même qu'ils en ont joui, *accroît* aux puînés survivans; c'est donc par droit d'*accroissement*, et non

à titre d'hérédité, qu'elle la défère à ceux-ci. On ne peut s'écarter du texte littéral d'une loi, *que lorsqu'il est combattu par l'esprit* même de cette loi; et certainement il n'y a rien dans la coutume dont il s'agit, qui tende à obliger les puînés survivans de se porter héritiers de leurs frères, en recueillant leur portion de Quint. On sait bien que, dans l'exactitude des principes, le droit d'accroissement doit cesser dès que la chose est entrée dans le patrimoine de chacun des co-appelés; mais la coutume d'Amiens a pu déroger à ces principes en faveur des puînés; et la preuve qu'elle l'a fait, résulte des termes dont elle s'est servie : si elle eût voulu d'ailleurs qu'il fût question du titre d'héritier à l'égard des portions de Quint que la mort de quelques-uns des puînés laisserait vacantes, elle ne les eût point données aux puînés survivans, mais à l'aîné qu'elle a déclaré unique héritier féodal en ligne collatérale. Enfin, la coutume de Péronne, qui, sur cette matière, doit au besoin interpréter celle d'Amiens, ne permet pas de douter qu'elle ne rejette l'opinion de Ricard, puisque, comme on l'a vu plus haut, elle fait accroître aux puînés la portion qu'avait dans le Quint un autre puîné devenu aîné par la mort du plus âgé des frères, accroissement qui ne peut, sans contredit, se faire à titre d'hérédité, puisqu'on ne peut pas être héritier d'un homme vivant : *viventis non est hereditas.*

V. Le droit d'accroissement se défère-t-il par représentation, et le fils d'un puîné prédécédé peut-il, en l'exerçant, au décès de son oncle aussi puîné, empêcher la réunion de la portion de Quint qui se trouve vacante, aux quatre Quints du fief dont elle a été démembrée?

Cette question a été jugée pour l'affirmative, par l'arrêt du 25 mai 1700, que nous avons déjà cité.

Voici quels étaient les moyens du marquis de Mailloc :

« Il n'y a nulle difficulté dans la coutume d'Amiens, parcequ'elle décide, dans l'art. 81, que le Quint ne revient à l'aîné qu'après le décès de tous les puînés sans enfans, en ces termes : *Mais si tous les puînés étaient décédés sans enfans, les portions du Quint retournent et sont réunies au fief dont elles font partie, pour être un seul fief et non plusieurs,* d'où il suit que, dans cette coutume, le droit d'accroissement appartient aux enfans et descendans des puînés à l'infini, à l'exclusion de l'aîné même, hors le cas de représentation.

» Ainsi, la question se réduit naturellement au Quint *des terres sises en la coutume de Péronne, échu au demandeur, par accroissement, après le décès de la dame sa mère.* Ce qui fait le doute dans cette coutume, est que, dans l'art. 175, elle ne parle que des puînés frères et sœurs, en ces termes : *Le Quint hérédital baillé aux puînés, accroît entre iceux puînés frères et sœurs, s'il n'y a enfans du décédé, comme aussi fait le viager, lequel, avec ledit hérédital, ne revient à l'aîné que les puînés ne soient décédés.* Il est aisé de montrer que les enfans des puînés sont aussi appelés, par cet article, à l'accroissement du Quint à l'exclusion de l'aîné. Deux moyens l'établissent indubitablement.

» 1° L'art. 81 de la coutume d'Amiens doit servir à interpréter l'art. 175 de celle de Péronne. Ce sont deux coutumes voisines, conçues dans le même esprit, rédigées par les mêmes commissaires, à quatre jours l'une de l'autre, avec cette différence, que la coutume de Péronne a été rédigée la première; ainsi celle d'Amiens s'étant expliquée plus nettement, il est à présumer que les commissaires l'ont fait pour ôter l'obscurité qui pouvait naître de l'art. 175 de la coutume de Péronne....

» 2° L'art. 195 de la coutume de Péronne admet la représentation en ligne collatérale, jusqu'aux enfans des frères et sœurs inclusivement.... Ainsi, l'art. 175, qui défère l'accroissement du Quint à l'exclusion de l'aîné, aux puînés frères et sœurs, est censé, sous ces termes, le donner aussi aux enfans des puînés venant par représentation.

» Ce n'est point étendre ce droit d'accroissement, c'est donner à la coutume une interprétation qui déclare seulement sa décision, *interpretatio comprehensiva, non extensiva;* c'est expliquer la coutume par la coutume même, l'art. 175 par le 195e; c'est se conformer à son esprit; c'est suivre son intention.

» Si l'on refusait aux enfans des puînés, venans par représentation, ce droit d'accroissement, ce serait faire violence à ces deux articles, renfermer le droit de représentation et le droit d'accroissement dans des bornes plus étroites que celles qui lui sont prescrites; ce serait ôter l'équité de la loi : elle n'a introduit l'accroissement du Quint que comme un tempérament pour adoucir, en faveur des cadets, la rigueur de la coutume; c'est un droit très-favorable : bien loin de le restreindre, il doit être étendu aux coutumes qui n'en parlent point, lorsqu'elles contiennent la raison qui l'a fait introduire.

» En effet, il est vrai que le droit d'accrois-

sement du Quint appartient aux enfans des puînés venans par représentation; que, dans le cas d'un puîné qui décède sans enfans, et qui laisse une sœur survivante, et les enfans d'un autre puîné prédécédé, il est certain que les enfans de ce puîné partagent par représentation avec leur tante, à l'exclusion de l'aîné l'accroissement de Quint échu par le décès du puîné mort sans enfans : ainsi l'art. 175 de la coutume de Péronne doit être indubitablement expliqué par le 195e qui admet la représentation ».

VI. La renonciation qu'une fille dotée a faite par son contrat de mariage, à la succession de son père, l'exclud-elle de l'accroissement du Quint?

Cette question a encore été jugée par l'arrêt du 25 mai 1700.

La mère du marquis de Mailloc avait renoncé, par son contrat de mariage, à la succession de Jean-Baptiste de Créquy, son père; il s'agissait de savoir si son fils pouvait, nonobstant cette renonciation, profiter de l'accroissement du Quint qu'avaient laissé le baron de Combon et les demoiselles Françoise et Marguerite de Créquy, frère et sœurs de la dame de Mailloc. Il soutenait l'affirmative, sur le principe qu'une renonciation faite par une fille dotée à la succession directe de son père, ne l'exclud pas des successions collatérales de ses frères et de ses sœurs, auxquelles elle n'a point renoncé expressément; et l'arrêt cité a jugé en sa faveur.

On lui faisait cependant une objection spécieuse.

« La dame de Mailloc (disait-on) n'a pris aucune part au Quint, dans la succession paternelle à laquelle elle a renoncé; ce qui l'exclud du droit d'accroissement de Quint dont il s'agit, parceque l'accroissement ne se fait qu'entre ceux qui sont conjoints par la chose, *inter re conjunctos*; il se fait d'une portion à une autre;

» Et il est contre le bon sens de vouloir profiter par accroissement d'une chose à laquelle on n'a aucune part ».

Le marquis de Mailloc a opposé à cette objection plusieurs réponses, dont il faut retracer ici la substance.

« 1° Il n'est pas vrai que, pour profiter du droit d'accroissement, il soit toujours nécessaire d'avoir part à la chose. Il y a deux sortes d'accroissement, l'un réel, l'autre personnel. L'accroissement réel se fait à la chose, on en convient; c'est en ce cas qu'il est vrai de dire, *portio accrescit portioni*. L'accroissement personnel se fait à la personne sans aucun rapport à la chose; il n'est pas nécessaire, pour profiter de cet accroissement, d'avoir part à la chose même. Par exemple, l'accroissement qui se fait d'un usufruit légué, est personnel et non réel; il se fait à la personne, et non à la chose. La loi 14, §. 1, D. *de exceptione rei judicatæ*, s'en explique en ces termes: *Usufructus non portioni, sed homini accrescit*. La loi 10, D. *de usufructu accrescendo*, décide que celui à qui un usufruit avait été légué solidairement avec plusieurs, ayant perdu, par une mauvaise contestation, sa portion de cet usufruit, ne laissait pas de profiter par accroissement de la part de l'usufruit de ses co-légataires, par la raison que l'accroissement se fait à la personne, et non à la chose (1). L'accroissement de Quint est de la même espèce; la preuve en est sensible. Premièrement, dans l'ancienne coutume de Péronne, le Quint n'était que viager; ce n'était qu'un usufruit; l'accroissement ne pouvait donc s'en faire qu'à la personne. Il est vrai que la nouvelle coutume de Péronne a rendu le Quint héréditaire; mais elle n'a point changé la manière dont s'opérait l'accroissement; il se faisait à la personne; il s'y fait donc encore dans la nouvelle coutume: le procès-verbal de l'art. 175, qui parle de ce droit d'accroissement, porte en termes exprès, *que l'article n'est nouveau qu'en ce qui concerne le changement de Quint viager en Quint héréditaire*. En second lieu, cet article compare l'accroissement du Quint héréditaire, avec celui du Quint viager, qui est resté sur les terres titrées de duchés, marquisats et comtés; l'un se fait donc de la même manière que l'autre; et par conséquent, le Quint héréditaire accroît à la personne de même que le Quint viager. En troisième lieu, le texte des coutumes d'Amiens et de Péronne décide nettement que l'accroissement du Quint s'y fait à la personne : l'art. 81 de la première porte : *La part du puîné.... accroît aux autres puînés, qui la veulent appréhender, et non à l'aîné*. L'art. 175 de la seconde déclare que *ledit Quint hérédital.... accroît entre iceux puînés*; et l'art. 176 ajoute : *accroît aux autres puînés par égale portion*. On voit clairement que ces coutumes ont en vue les personnes des cadets, et non les portions de Quint qu'ils possèdent.

» 2° Le terme d'*accroissement* est employé par les coutumes dont il s'agit, dans un sens

(1) *V.* encore la loi 3, §. 1, *interdùm*, D. *usufructus quemadmodùm amittatur*, et la loi 33, §. 1, D. *de usufructu*.

impropre, dans une signification générique; c'est un véritable droit successif qui appartient aux puînés à l'exclusion de l'aîné (1).

» 3° La dot de la dame de Mailloc lui a tenu et tient à son fils lieu de sa portion de Quint (cela résulte des principes établis ci-devant, n° 3). Cette dot a donc pu attirer les autres portions du Quint, quand on supposerait que, pour profiter de cet accroissement, il fallût avoir part à la chose.

» 4° Les seuls auteurs qui aient traité cette question, sont Dufresne et Ricard, sur l'art. 81 de la coutume d'Amiens; et tous deux décident que la renonciation à l'hérédité paternelle n'empêche point l'effet du droit d'accroissement en faveur de la fille dotée qui l'a faite par son contrat de mariage.

» 5° Deux arrêts l'ont précisément jugé de la sorte.

» Le premier est du 4 janvier 1633. La dame de Soumenière avait renoncé à la succession de son père, moyennant la dot qui lui avait été constituée par son contrat de mariage, elle n'avait pris aucune part au Quint; cependant la cour lui adjugea par accroissement le Quint de François de Mouchy, son frère puîné, qui était prédécédé, à l'exclusion de Charles, l'aîné (2).

» On prétend que cet arrêt ne peut tirer à conséquence, pour l'espèce dont il s'agit, premièrement parcequ'il y avait clause dans le contrat de mariage d'Anne de Mouchy, que la terre de Briancourt, dont l'acte portait donation en sa faveur, lui tiendrait lieu de partage et de Quint héréditaire: secondement parceque Charles de Mouchy, son père, était domicilié dans la coutume de Péronne, au lieu que la dame de Mailloc avait été mariée et dotée en Normandie. Mais ces deux objections se détruisent d'elles-mêmes.

» 1° C'est une règle constante, en droit, que les clauses sous-entendues opèrent autant que si elles étaient exprimées. Ainsi, l'expression du contrat de mariage d'Anne de Mouchy, que la terre de Briancourt lui tiendrait lieu de Quint, ne forme point une différence entre l'espèce de l'arrêt de 1633 et celle-ci, puisque cette clause, qui se sous-entend de plein droit en vertu de la coutume, doit être censée exprimée dans le contrat de mariage de la dame de Mailloc.

» 2° Il n'importe où la dame de Mailloc ait été mariée et dotée; la différence des coutumes n'empêche point que ce qui lui a été donné au lieu du Quint des terres situées en Picardie, n'ait existé dans ses mains avec les mêmes attributs que ce Quint.

» Le second arrêt est celui du 10 février, 1653, rendu à l'audience de la grand'chambre, entre la dame de Lignières et le comte de Créquy, conformément aux conclusions de M. l'avocat général Talon. La dame de Lignières avait été mariée et dotée par son père, de la somme de 60,000 livres; elle s'était tenue à son don, et n'avait par conséquent pris aucune part au Quint: le baron de Villers était en possession du Quint entier de plusieurs terres situées dans les coutumes d'Amiens et de Péronne; après sa mort, la dame de Lignières prétendit avoir ce Quint par accroissement, à l'exclusion du comte de Créquy, qui représentait l'aîné. Les plaidoyers des parties sont rapportés dans le vu de l'arrêt. On disait, de la part du comte de Créquy, *que la dame de Lignières ne pouvait venir au Quint que par accroissement, lequel ne se fait que d'une portion à d'autres portions, et entre conjoints qui possèdent le Quint par indivis....; que la dame de Lignières n'était point héritière de son père; qu'au contraire, elle avait toujours dit qu'elle renonçait à sa succession; enfin, que, si elle voulait qu'on lui adjugeât ce Quint, elle serait obligée de rapporter et diminuer sur icelui la somme dont elle avait été dotée. La dame de Lignières répondait que le mot* accroit, *employé en l'art. 175 de la coutume de Péronne, était d'une signification bien plus étendue que l'accroissement introduit par le droit civil romain, qui ne se fait que d'une portion à une autre portion, et qui, de plus, ne se fait qu'à la chose et entre conjoints; au lieu que l'accroissement introduit par les coutumes de Péronne et d'Amiens, pour ce qui est du Quint des puînés en collatérale, se fait du Quint tout entier, et non à la chose, mais aux personnes, et non-seulement entre conjoints, mais entre disjoints et séparés....; que, par les art. 175 et 178 de la coutume de Péronne, l'aîné est perpétuellement exclu du Quint, tant qu'il y a des puînés mâles ou femelles; que l'accroissement, par les termes desdites coutumes, était un droit de succéder au Quint à l'exclusion de l'aîné, tant qu'il y a des puînés.*

» Tels étaient les moyens des parties. La cour ordonna que la dame de Lignières aurait seule le Quint héréditaire du baron de Villers, son frère ».

VII. La cause du marquis de Mailloc pré-

(1) Cette raison est la plus faible de toutes. *V.* ci-devant, n° 4.

(2) Bardet, tome 2, liv. 2, chap. 1.

sentait une autre question que l'arrêt du 23 mai 1700 a pareillement décidée à son avantage. La dame de Mailloc avait renoncé au profit de ses frères; le comte de Créquy inférait de là qu'elle avait transmis à ses frères seuls le Quint qui lui eût appartenu dans la succession de son père, si elle n'y eût point renoncé; et que, par conséquent, le marquis de Mailloc, son fils, n'avait rien à prétendre dans ce Quint.

Le marquis de Mailloc opposait à ce raisonnement trois propositions :

« 1° Il est certain que la renonciation pure et simple d'une fille dotée profite à toute l'hérédité et non aux mâles seuls. C'est ce qu'établissent Leprestre, centurie 2, chap. 58; Favre, *de erroribus pragmaticorum, décad.* 12, *err.* 8; Grivel, décis. 120. Et cette maxime est si constante, qu'elle était même pratiquée autrefois dans les coutumes d'exclusion légale, comme le prouve l'art. 21 du tit. 12 de la coutume d'Auvergne: *Jaçoit que, par ci-devant, la portion des filles mariées par leur père ou aïeul, accrût ès filles non mariées comme ès mâles. . . . ., a avisé pour l'avenir que la portion de la fille mariée, ainsi forclose, accroîtra ès mâles seulement.*

» 2° Il en est de même lorsque la renonciation est faite expressément en faveur des mâles seuls. C'est ce qu'ont jugé deux arrêts des 14 avril 1556 et 25 décembre 1629, rapportés, l'un par Bacquet, *du droit d'aubaine*, part. 2, chap. 41, n° 18; et l'autre par Brodeau, lettre A, §. 17. C'est aussi ce qu'enseigne Favre à l'endroit cité, *err.* 9. Ce magistrat décide nettement que la portion de la fille qui a renoncé en faveur des mâles, accroît à toute l'hérédité, et non aux mâles seuls; et il en donne deux raisons : la première qu'il n'est pas au pouvoir du père d'empêcher que la portion de sa fille, qui renonce à sa succession à échoir, n'accroisse après sa mort à toute l'hérédité, cette renonciation n'ayant pu avoir aucun effet de son vivant : la seconde, qu'un père ne peut pas stipuler pour ses enfans mâles, quoiqu'il les ait sous sa puissance, parceque cette stipulation ne leur doit profiter qu'en qualité de ses héritiers, par conséquent après sa mort, dans un temps auquel il ne les a plus sous sa puissance. Dans un autre endroit, le même auteur distingue entre les coutumes d'exclusion et celles de renonciation expresse; il convient que, dans les premières, la portion de la fille exclue appartient aux mâles seuls; mais, dans les autres coutumes, dit-il, quoique la renonciation soit expressément stipulée en faveur des mâles, la portion de la fille reste dans la masse de l'hérédité : cela est si vrai, que le père peut rappeler sa fille à sa succession sans le consentement des mâles.

» 3° Quand, dans la thèse générale, la renonciation expresse en faveur des mâles accroîtrait à eux seuls, cela n'aurait pas lieu, dans les coutumes d'Amiens et de Péronne, à l'égard du Quint des puînés. En effet, il est constant que les mâles ne peuvent profiter qu'en qualité d'héritiers de leur père, de la part de leur sœur mariée, soit que sa renonciation accroisse à eux seuls ou à toute l'hérédité; tels sont l'esprit et même la disposition des coutumes qui, excluant de plein droit la fille mariée et dotée, déférent sa portion aux mâles seuls. *V.* Auvergne, tit. 12, art. 25 et 52; la Marche, art. 248; Anjou, art. 247; le Maine, art. 251; Coquille sur Nivernais, chap. 23, art. 24, et quest. 128; les Placités de Normandie, art. 50, etc. Or, le comte de Créquy ne peut, en qualité d'héritier de son père, prétendre le moindre droit dans la portion du Quint de la dame de Mailloc; son titre d'aîné est, à cet égard, un obstacle insurmontable pour lui; il le rend incapable de prendre part au Quint, tant qu'il y a des cadets ou des enfans de cadets. Les art. 81 et 175 des coutumes d'Amiens et de Péronne y sont très-précis. Cette incapacité est si absolue, que le cadet qui devient aîné par le prédécès de son aîné sans enfans, est obligé d'abandonner la portion du Quint qui lui était échue. Supposons d'ailleurs que la portion de la fille exclue par une renonciation faite en faveur des mâles, appartienne à ceux-ci en qualité de donataire, soit de leur père, soit de leur sœur; dans cette hypothèse même, il n'est pas possible que le comte de Créquy ait recueilli à ce titre la portion de Quint de la dame de Mailloc. Il ne l'a point fait comme donataire de sa sœur, parceque la dame de Mailloc, n'ayant nullement appréhendé son Quint, n'a jamais pu en dispenser (1); il ne l'a point fait comme donataire de son père, 1° parcequ'un père, dans les coutumes d'Amiens et de Péronne, ne peut donner à son aîné aucune portion du Quint de ses cadets; 2° parcequ'aux termes des art. 92 et 204 des mêmes lois, « les enfans venans à » la succession de leurs père et mère, doivent rapporter les dons à eux faits par » leurs père et mère »; qu'ainsi, le comte de Créquy, s'étant porté héritier de son père, n'aurait pu conserver la portion de Quint de

(1) *V.* ci-devant, §. 2, n° 1.

la dame de Mailloc, quand même son père la lui eût donnée; que par conséquent il aurait été obligé de la rapporter dans la masse de la succession, pour être ensuite partagée suivant les coutumes d'Amiens et de Péronne, d'après lesquelles on a déjà dit que l'aîné est incapable de prendre aucune part au Quint, tant qu'il y a des cadets ».

VIII. Encore une Question décidée par l'arrêt du 25 mai 1700. Le comte de Créquy prétendait qu'au moins la portion du Quint du baron de Combon, son frère puîné prédécédé, ne pouvait, au moyen de la renonciation faite en faveur des mâles par la dame de Mailloc, accroître au marquis de Mailloc, son représentant : mais, comme la réfutation des moyens qu'il employait sur la Question précédente, entraînait nécessairement la réfutation de tout ce qu'il disait sur celle-ci, la cour a décidé l'une de la même manière que l'autre.

Voici les termes de cet arrêt (on y verra que le comte de Créquy se retranchait sur plusieurs fins de non-recevoir, mais qu'on n'y a eu aucun égard, et que les Questions de droit, qui faisaient la matière du procès, ont été jugées en thèse) :

« La cour, sans s'arrêter aux requêtes dudit de Créquy, des 15 et 29 mars et 25 mai 1700, ayant égard à celle dudit Mailloc, des 14 avril 1699 et 21 avril 1700, déclare l'acte du 2 juillet 1668, feint et simulé, et la donation mutuelle du 20 février 1676, nulle pour le regard des terres ci-ses ès coutumes d'Amiens, Peronne et Boulogne, faute d'y avoir été insinuée, sauf à avoir son effet dans l'étendue du bailliage de Beaumont-le-Roger;

» Ordonne que la transaction du 6 août 1679, et le contrat de mariage de Renée de Créquy avec Gabriël de Mailloc, du 6 mai 1641, seront exécutés :

» Ce faisant, que les biens, parts et portions qui ont appartenu à ladite Renée de Créquy ès successions de ses père et mère, en conséquence de la renonciation y portée, du consentement dudit Mailloc, seront et demeureront audit de Créquy, en ce qui peut lui en appartenir, suivant les coutumes où les biens sont situés;

» Le condamne à rendre et restituer audit Gabriël René de Mailloc, en qualité d'héritier bénéficiaire de ladite Renée de Créquy, suivant le consentement de ladite Catherine de Mailloc (sœur du marquis), la totalité du Quint des terres sises ès coutumes d'Amiens, Péronne et Boulogne, étant des successions de Gabriël, Antoine et Françoise de Créquy, ensemble le Quint desdites terres qui leur appartient, comme représentant ladite Renée de Créquy dans la succession de Marguerite de Créquy, avec restitution des fruits du jour de l'ouverture des successions desdits Gabriël, Antoine, Françoise et Marguerite de Créquy, et ce, sur le pied de l'estimation qui a été faite desdites terres, en exécution des arrêts de la cour, des 11 et 30 juillet 1681, le tout aux charges de droit et de fournir à ladite Catherine de Mailloc la part qui lui en appartient ».

[[§. IV. *État actuel de la législation sur cette matière.*

Les dispositions des coutumes qui ne parlaient du Quint naturel que relativement aux fiefs, sont devenues sans objet, et par l'abolition du régime féodal prononcée dans la séance de l'assemblée constituante du 4 août 1789, et par l'art. 11 du tit. 1 de la loi du 15-28 mars 1790, qui a établi l'égalité des partages des biens ci-devant féodaux entre les aînés et les puînés, comme entre les mâles et les filles.

Celles des coutumes de Boulonnais et de Ponthieu qui limitaient au Quint naturel les droits des puînés sur des biens non féodaux, n'ont été abrogées que par la loi du 8-13 avril 1791.]]

* QUITTANCE. C'est une déclaration par écrit qu'on donne à quelqu'un, et par laquelle on le tient quitte de quelque somme d'argent ou de quelque autre redevance.

I. Une Quittance peut être donnée sous seing-privé ou pardevant notaire. Celle qui est sous seing-privé, libère aussi bien que celle qui est devant notaire.

Il y a même des cas où une quittance est valable et fait foi sans qu'elle ait été passée devant notaire, ni signée du créancier. Par exemple, si vous écrivez sur votre journal les paiemens que votre débiteur vous a faits, il est certain que ce que vous aurez écrit, sans y avoir ajouté votre signature, fera foi contre vous, au profit de votre débiteur. *V.* l'article *Preuve*, §. 2, art. 2.

[Lorsqu'une Quittance doit être passée devant un notaire, à qui appartient le choix de cet officier? Est-ce au créancier, est-ce au débiteur ?

Cette Question s'est élevée en 1783, entre le sieur Bisneau, notaire au Mans, et le sieur Charpentier, receveur des consignations de la même ville.

« Dans le fait, après l'ordre et la distribution des deniers provenus d'une vente de meubles, M. Bisneau, qui était colloqué pour

une somme de 205 livres 2 sous, s'est présenté au bureau des consignations pour y recevoir cette somme.

» Le receveur n'a fait aucune difficulté de la lui payer; mais il a exigé que sa Quittance fût passée devant M. Martigné, son notaire ordinaire.

» M. Bisneau a soutenu que, comme créancier, il avait le choix du notaire.

» Sur ce, contestation en la sénéchaussée du Mans, entre M. Bisneau et M. Charpentier. La communauté des notaires est intervenue; et, par sentence du 4 juin 1782, M. Charpentier a été condamné à payer la somme de 205 livres 2 sous, pour laquelle M. Bisneau était colloqué, en donnant, par M. Bisneau, Quittance pardevant tel notaire qu'il lui plairait choisir. La même sentence, faisant droit sur l'intervention de la communauté des notaires, *a fait défenses au receveur des consignations de choisir un notaire parmi ceux de cette communauté, pour recevoir toutes les Quittances et actes concernant les consignations exclusivement aux autres notaires de la ville du Mans; a ordonné en conséquence que lesdites Quittances et actes seraient passés et reçus pardevant les notaires de la ville du Mans indifféremment, lesquels seraient choisis par les parties, sans que le receveur des consignations pût en nommer un pour faire ces Quittances exclusivement à ses confrères.*

» Appel au parlement de Paris de la part de M. Charpentier, qui en même temps a offert de payer la somme de 205 livres 2 sous. Cette somme a été en effet reçue par M. Bisneau. Dès-lors, l'appel n'a plus présenté que la Question de savoir si le receveur des consignations avait le droit de s'affider un notaire exclusivement à tous autres, et de contraindre les parties de se servir de son ministère.

» La communauté des notaires est encore intervenue sur cet appel; et par arrêt du 7 mai 1783, rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Séguier, la sentence de la sénéchaussée du Mans a été confirmée avec amende et dépens ». (*Gazette des tribunaux*, tome 15, page 353).]

II. Ou les Quittances énoncent la somme payée, sans exprimer la cause de la dette; ou elles énoncent la cause de la dette, sans exprimer la somme payée; ou elles n'énoncent ni la somme payée, ni la cause de la dette; ou elles énoncent l'une et l'autre.

Si la Quittance est, par exemple, ainsi conçue : *J'ai reçu de Pierre..... Fait à Paris, ce.....*; et qu'elle n'énonce que la somme payée, sans exprimer la cause de la dette, le débiteur peut l'imputer sur la dette qu'il lui importe le plus d'acquitter. *V.* l'article *Imputation.*

Si la Quittance n'énonce que la cause de la dette, sans exprimer la chose payée, elle fait foi du paiement de tout ce qui était dû auparavant pour la cause énoncée. C'est pourquoi une Quittance qui serait ainsi conçue : *J'ai reçu de Pierre..... ce qu'il me devait pour le blé que je lui ai vendu*, ferait foi du paiement de la totalité de ce blé.

Quand la dette dont la cause est énoncée dans la Quittance, consiste en arrérages, loyers ou fermages, elle prouve le paiement de tout ce qui a couru jusqu'au dernier terme d'échéance antérieur à la date de la Quittance; mais elle ne prouve pas le paiement de ce qui a couru postérieurement à ce terme jusqu'à cette date. Par exemple, si je vous ai loué un appartement dont vous devez me payer le loyer le 1er avril de chaque année, la Quittance ainsi conçue, *J'ai reçu de Pierre..... ce qu'il me doit pour loyers. Fait à Rouen, ce 15 juillet* 1780, sera valable pour tous les loyers échus le 1er avril 1780; mais elle ne s'étendra pas à ce qui a couru postérieurement.

Mais que faudrait-il décider, si une telle quittance n'était pas datée? Comme, en pareil cas, le débiteur ne peut pas prouver que la Quittance s'étend au-delà du premier terme échu, il ne peut l'employer que pour un terme. Si toutefois elle avait été donnée par l'héritier du créancier, elle vaudrait pour tous les termes échus durant la vie du défunt.

Quand une Quittance n'énonce ni la somme payée, ni la cause de la dette, et qu'elle est, par exemple, ainsi conçue : *J'ai reçu de Pierre..... ce qu'il me devait. Fait à Paris, ce 1er mai* 1780, elle s'étend à tout ce que pouvait alors exiger du débiteur le créancier qui l'a donnée; mais elle ne s'applique pas aux dettes qui n'étaient point exigibles au temps de la date de la Quittance. Cette exception est fondée sur ce que les termes, *ce qu'il me doit*, ne s'appliquent qu'à ce qui peut s'exiger, et dont le terme de paiement est échu. C'est pourquoi on dit vulgairement, *qui a terme, ne doit rien.* D'ailleurs, on ne présume pas qu'un débiteur paie avant le terme.

Une telle Quittance ne s'étend pas non plus aux capitaux des rentes dues par le débiteur; elle ne doit s'appliquer qu'aux arrérages échus antérieurement à la date de la Quittance.

Il faut encore excepter d'une telle Quit

tance les dettes dont il est probable que le créancier n'avait, lorsqu'il l'a donnée, aucune connaissance.

Ainsi, en vous donnant Quittance de ce que vous me devez, je ne suis, par exemple, pas censé vous avoir donné Quittance de la créance que j'ai contre vous comme héritier de ma sœur, dont la succession m'était bien échue quand je vous ai donné Quittance, mais sans que j'en connusse l'état, parceque l'inventaire n'était pas encore fait.

La Quittance générale donnée par un créancier, est-elle censée comprendre la dette qui était portée dans un billet exigible demeuré entre ses mains?

La raison de douter se tire de ce que le créancier est resté possesseur d'un billet qu'il aurait dû rendre lorsque le débiteur l'a acquitté.

La raison de décider que le montant du billet est compris dans la Quittance, se tire de la généralité de ces termes, *ce qu'il me doit*, qui comprennent tout ce qui était alors dû au créancier. On doit présumer, en pareil cas, que le débiteur, se fiant à sa Quittance générale, a négligé de retirer un billet qui peut-être se trouvait alors égaré.

Quand la Quittance énonce tout à la fois la somme payée et la cause de la dette qu'on a acquittée, on évite toute espèce de difficulté. Cependant, si la somme payée excédait celle qui était due pour la cause exprimée dans la Quittance, le débiteur serait fondé à répéter cet excédant; et, s'il était débiteur pour d'autres causes, il pourrait imputer cet excédant sur la dette qu'il lui serait le plus important d'acquitter.

III. Les Quittances des trois dernières années d'arrérages d'une rente forment une présomption du paiement des années précédentes quoiqu'on n'en rapporte point de Quittance. [[*V.* l'article *Présomption*, §. 8, n° 8.]]

IV. Pour qu'une Quittance soit valable, il faut qu'elle soit donnée par le véritable créancier, et qui ait droit de recevoir, ou par son fondé de procuration.

[[Le fondé de procuration pour recevoir une somme égale à celle qu'il doit lui-même au débiteur de son commettant, libère-t-il ce débiteur envers son commettant par la Quittance qu'il lui donne sans rien toucher? *V.* les conclusions et l'arrêt du 6 frimaire an 14, rapportés à l'article *Société*, sect. 8, n° 5.]]

Un créancier mineur ne peut donner Quittance d'un remboursement ou du prix de la vente d'un fonds, sans être assisté de son tuteur ou curateur.

Une femme mariée ne peut, en pays coutumier, donner Quittance sans être autorisée de son mari, à moins qu'elle ne soit marchande publique, ou qu'elle ne soit séparée de biens d'avec son mari, et qu'il ne soit question que de sommes mobilières; mais, quand il s'agit de dettes immobilières, la femme, quoique séparée, ne peut donner Quittance valable, sans être autorisée de son mari, ou par justice à son refus.

[[*V.* les mots *Autorisation maritale*, et les art. 1449 et 1450 du Code civil.]]

V. Toute Quittance donnée en fraude d'un tiers, ou au préjudice de quelque opposition faite entre les mains du débiteur, est nulle dans l'intérêt du tiers fraudé ou opposant. *V.* l'article *Saisie-Arrêt*.

VI. Comme la Quittance reste entre les mains du débiteur, et que le créancier a quelquefois intérêt de justifier le paiement qui lui a été fait, soit pour empêcher une prescription, ou pour quelque autre cause; si la Quittance est sous seing-privé, le créancier peut se faire donner une contre-Quittance, c'est-à-dire, un écrit par lequel le débiteur reconnaît qu'il a payé; si la Quittance est devant notaire, le créancier peut s'en faire délivrer une expédition, et, s'il n'y a pas de minute, on peut la faire en brevet double. (M. Guyot.) *

[[VII. La loi du 22 frimaire an 7, art. 69, §. 2, n° 11, assujétit au droit proportionnel de 50 centimes pour 100 francs, « les Quit-» tances, remboursemens ou achats de rentes » et redevances de toute nature....., et tous » autres actes et écrits portant libération de » sommes ou valeurs mobilières ».

Mais remarquez 1° que, par les n^os 22 et 27 de l'art. 68 de la même loi, les décharges pures et simples données aux officiers publics, ne sont soumises qu'à un droit fixe d'un franc; 2° que, suivant l'art. 10, « dans le cas » de transmission de biens, la Quittance » donnée par le même acte, pour tout ou » partie du prix entre les contractans, ne » peut être sujette à un droit particulier d'en-» registrement ».

De ces dispositions et de l'art. 23 de la loi du 13 brumaire an 7, sur le timbre, sont nées des questions sur lesquelles il a été statué, en ces termes, par un avis du conseil d'état, du 7 octobre 1809, que le chef du gouvernement a revêtu de son approbation le 21 du même mois:

« Le conseil d'état qui, d'après le renvoi

ordonné par Sa Majesté, a entendu le rapport de la section des finances sur celui du ministre de ce département, relatif aux Quittances et décharges données par les parties aux notaires, greffiers, commissaires-priseurs et huissiers qui ont procédé à des ventes à l'encan d'objets mobiliers, et présentant les questions de savoir, 1° si l'on peut placer ces décharges sur les minutes des ventes, sans contrevenir à l'art. 23 de la loi du 13 brumaire an 7, relative au timbre; 2° et, dans le cas où ce placement serait permis, si l'officier public est tenu de faire enregistrer les décharges ainsi données dans le délai accordé par la loi pour l'enregistrement des ventes;

» Vu 1° l'art. 23 de la loi du 13 brumaire an 7, ainsi conçu : *Il ne pourra être fait ni expédié deux actes à la suite l'un de l'autre sur la même feuille de papier timbré, nonobstant tout usage ou réglement contraire, sont exceptées les ratifications des actes passés en l'absence des parties*, les Quittances de prix de ventes.

» 2° L'art. 42 de la loi du 22 frimaire an 7, ainsi conçu : *Aucun notaire, huissier, greffier, secrétaire, ou autre officier public, ne pourra faire ou rédiger un acte en vertu d'un acte sous signature privée, ou passé en pays étranger, l'annexer à ses minutes, ni le recevoir en dépôt, ni en délivrer extrait, copie ou expédition, s'il n'a été préalablement enregistré, à peine de* 50 *francs d'amende*, etc.

» 3° Les n°s 22 et 27 de l'art. 68 de la même loi du 22 frimaire an 7 qui assujétissent au droit fixe d'un franc les décharges pures et simples données aux officiers publics :

» Considérant 1°, en ce qui concerne la première question, que l'art. 23 de la loi du 13 brumaire an 7 porte formellement que les *Quittances de prix de ventes* peuvent être mises à la suite de l'acte qui y a rapport; que cette forme offre un avantage pour les officiers publics et leurs successeurs, en ce qu'une décharge ainsi donnée n'est pas susceptible de s'égarer;

» 2° Relativement à la deuxième question, qu'aux termes de l'art. 42 de la loi du 22 frimaire an 7, un officier public ne peut *annexer à ses minutes* un acte quelconque non enregistré; que la Quittance ou décharge qui est donnée par la partie, du prix de vente d'effets mobiliers, est un acte qui cesse d'être privé, du moment où il est porté à la suite d'un procès-verbal rédigé en forme authentique; que cette décharge réunit alors tous les caractères d'un acte public, et qu'elle doit être rédigée et assujétie aux droits comme les autres actes de cette espèce;

» Considérant qu'un usage presque général a jusqu'à présent fait oublier ces principes, et que leur application rigoureuse pour le passé exposerait les officiers publics qui ont négligé de se conformer à la loi, à supporter personnellement les peines qu'elle prononce, par l'impossibilité où ils seraient de découvrir les parties qui ont requis les ventes :

» Est d'avis 1° que les Quittances et décharges de prix de ventes mobilières faites par les notaires, greffiers, commissaires-priseurs et huissiers, peuvent être mises à la suite ou en marge des procès-verbaux de ventes;

» 2° Que, dans ce cas, les Quittances et décharges doivent être rédigées en forme authentique; c'est-à-dire, que l'officier public attestera que la partie est comparue devant lui pour régler le reliquat de la vente, dont elle lui donnera décharge, et que cet acte sera signé tant par l'officier que par la partie, et, si la partie ne sait pas signer, par un second officier de la même qualité, ou par deux témoins;

» 3° Que les Quittances et décharges ainsi rédigées doivent être enregistrées dans les délais fixés par l'art. 20 de la loi du 22 frimaire an 7, savoir : pour les notaires, dans les dix ou quinze jours de leur date; pour les greffiers, dans les vingt jours; et pour les commissaires-priseurs, dans les quatre jours; qu'il n'est dû que le droit fixe d'un franc, conformément aux n°s 22 et 27 de l'art. 68 de la même loi;

» 4° Qu'il ne doit être fait aucune recherche pour les Quittances et décharges sous seing-privé, données antérieurement à la publication du présent avis ».

VIII. On a souvent prétendu que la Quittance donnée à un acquéreur par le créancier du vendeur délégataire du prix, donnait lieu à deux droits proportionnels d'enregistrement, parcequ'elle libérait à la fois et l'acquéreur envers le vendeur, et le vendeur envers son créancier. Mais ce système est condamné par une lettre du ministre de la justice, du 9 août 1808, ainsi conçue :

« L'art. 11 de la loi du 22 frimaire an 7 porte : *Lorsque, dans un acte quelconque, il y a plusieurs dispositions indépendantes, ou ne dérivant pas nécessairement les unes des autres, il est dû pour chacune d'elles, et selon son espèce, un droit particulier.*

» Il s'agit donc d'examiner si, dans une Quittance passée à un acquéreur par le créancier du vendeur en l'acquit de ce dernier, il y a deux dispositions qui ne dérivent pas l'une de l'autre.

» On voit que, dans cette Quittance, le créancier donne décharge d'une somme qui

lui est due par le vendeur, et que l'acquéreur a été chargé de lui compter; il n'y a là véritablement qu'une seule disposition, qu'une seule Quittance.

» Il est vrai qu'elle a tout à la fois l'effet de libérer le vendeur de sa dette envers le créancier par lui désigné, et l'acquéreur du prix de son acquisition; mais, quoiqu'il résulte de cet acte une double libération, on ne peut voir néanmoins qu'une seule disposition, parceque la deuxième libération ne s'opère que tacitement et par une induction de la première, qui fait l'objet réel de l'acte; et que d'ailleurs, en admettant qu'il y ait deux dispositions, comme l'une dérive nécessairement de l'autre, il ne peut y avoir ouverture qu'à un seul droit, aux termes de l'article déjà cité.

» S'il y avait un cautionnement stipulé pour la sûreté du prix de la vente, la caution serait également déchargée par la Quittance passée à l'obligé principal. On ne pourrait, sans doute, prétendre qu'il fût dû un droit pour la décharge et la libération de la caution, parceque ce serait encore là un effet accessoire et forcé de la libération principale. La loi a voulu atteindre les dispositions distinctes et indépendantes entre elles; mais elle n'a pas entendu frapper d'un droit individuel et particulier, quelque multipliés qu'ils fussent, les effets d'une seule disposition.

» Dans l'espèce, il n'y a qu'une Quittance d'une somme unique; elle peut produire plusieurs effets, mais ces effets ne sauraient produire plusieurs dispositions. Plusieurs effets nés d'une seule et même cause, n'en changent pas la nature et ne la rendent pas multiple.

» En vain l'on s'appuie de l'ancienne jurisprudence: outre que cette jurisprudence n'était pas uniforme, on ne doit maintenant s'attacher qu'à la loi de frimaire, qui est le dernier état à cet égard.

» En vain on observera qu'on doit faire une différence entre la délégation acceptée par le créancier du vendeur, et celle qui ne présente qu'une simple indication pour le paiement; que, dans le premier cas, le vendeur étant dès-lors déchargé envers son créancier, et l'acquéreur devenant son débiteur, le paiement qu'il a fait au créancier déchargé, ne produira qu'une seule libération et qu'un seul droit, et que d'ailleurs, dans ce même cas, la délégation est elle-même sujette à un autre droit, comme transport de créance; qu'il n'en est pas de même, lorsqu'elle n'est qu'une simple indication de paiement, qu'elle ne change rien à l'état respectif des parties, et que le vendeur n'est alors libéré de sa dette, de même que l'acquéreur du prix de son acquisition, que par le paiement effectué par celui-ci au créancier du vendeur.

» Ces observations sont vraies, et il en résulte bien que l'acquéreur, en payant le créancier indiqué par le contrat de vente, ne fait que l'office de mandataire du vendeur; que c'est la dette de celui-ci qui forme l'objet direct du paiement, et dont il doit lui-même tenir compte à son mandataire; et puis il n'en est pas moins vrai que la Quittance de ce paiement ne présente qu'une seule disposition qui, en opérant directement la libération de la dette acquittée, libère aussi indirectement le mandataire ».

Au surplus, *V.* les articles *Exception d'argent non compté, Paiement* et *Timbre.*]]

[[QUOTE ET MASURE. Termes employés par la coutume du pays de Liége, comme synonymes de *tenans* et *aboutissans.*

Ainsi, lorsqu'un testateur, en léguant son bien, le désignait par tenans et aboutissans, on disait que ce bien était légué par *Quote et masure.*

Cette coutume distinguait deux sortes de propriétés nues, l'une *coutumière*, l'autre *formelle.*

La propriété nue coutumière était celle dont on ne pouvait faire aucun usage; qui, suivant l'expression de Méan, *nullum usum sui præbebat;* qui, par conséquent, n'était ni cessible, ni disponible, ni transmissible; telle était celle que les enfans acquéraient, par la mort de leur père ou mère, sur les biens du survivant (1); telle était aussi celle qu'ils acquéraient sur les biens qui leur étaient laissés en quotité par testament, ou qu'on leur assurait par contrat de mariage, en leur promettant une part égale dans une succession.

La propriété nue formelle était celle qui, quoique séparée de l'usufruit, était néanmoins cessible, disponible et transmissible; telle était celle que les enfans acquéraient sur les biens qui leur étaient promis ou laissés par *Quote et masure*, c'est-à-dire, par une désignation spéciale: c'est ce qui résulte des art. 9 du chap. 10, et 38 du chap. 11.

Ces sortes de biens, quant à la succession *ab intestat*, ne différaient point de ceux dont les enfans étaient maîtres absolus; car le survivant des époux, et, à son défaut, les grand-père et grand'mère y succédaient à l'exclusion des frères et sœurs.

Cependant les enfans de ceux à qui les biens avaient été ainsi laissés ou promis en *Quote et masure*, devenus propriétaires coutumiers par une arrière-dévolution, n'avaient point pour

(2) *V.* l'article *Dévolution coutumière*, §. 2.

cela une propriété formelle. C'est la remarque de Méan, obs. 613, n° 8.

Il ne suffisait pas toujours que les biens eussent été laissés ou promis par *Quote et masure*, pour que les enfans en devinssent propriétaires formels; car, s'ils étaient laissés ou promis sous condition ou à jour incertain, les enfans n'en acquéraient point une propriété formelle ni transmissible. C'est le sentiment de l'auteur que l'on vient de citer, obs. 573, n° 9.

Il en était de même quand les époux n'avaient disposé de leurs biens qu'en cette forme: *Nous promettons à N., notre fils, les biens que nous possédons dans tel village,* ou *la généralité de nos conquêts;* ces biens n'étaient pas alors censés donnés par *Quote et masure*, mais on présumait que les testateurs ou donataires s'étaient conformés à la loi municipale, et n'avaient voulu léguer ou donner qu'une propriété coutumière.

V. Méan, *ad jus civile Leodiensium*; les *Institutes de droit pour les pays de Liége, de Luxembourg, de Namur et autres*, par Sohet; et les articles *Dévolution coutumière, Humier* et *Mainplevie.*]]

R.

* RABAIS. Diminution de prix et de valeur.

On appelle *adjudication au Rabais*, celle où les offres ne se font, non pas par enchères, mais au Rabais: par exemple, l'un a offert de faire ce dont il s'agit pour 20,000 livres, un autre offre de le faire pour 18,000 livres, un troisième pour 15,000 livres; l'adjudication se fait à celui qui offre de faire la chose à meilleur compte, et par conséquent au Rabais. Ces sortes d'adjudications sont usitées pour les étapes, fourrages, munitions et fournitures des troupes, pour l'entreprise des travaux publics, et, dans certains pays, pour l'entretien des mineurs, dont on fait un bail au Rabais. *V.* l'article *Bail à nourriture.* (M. Guyot.) *

* RABATTEMENT DE DÉCRET. On appelle ainsi une espèce de rachat introduit en faveur du débiteur dont les biens ont été adjugés par décret. C'est une sorte de retrait que la partie saisie peut exercer, en indemnisant l'adjudicataire.

I. Le Rabattement de décret proprement dit n'est usité qu'en Languedoc, et même la jurisprudence n'y a été bien fixée, à cet égard, que par une déclaration du 16 janvier 1736.

Suivant cette loi, il n'y a que les propriétaires des biens décrétés ou leurs descendans, qui puissent se pourvoir en Rabattement de décret. Cette action ne dure que dix ans, en quelque juridiction que le décret ait été fait.

Ce délai ne commence à courir que du jour de la mise en possession faite dans les formes, sans néanmoins que ce délai puisse être prorogé, sous prétexte de nullités dans la mise en possession lorsqu'elles ne sont alléguées qu'après les dix années.

Le délai de dix ans, pour le Rabattement, court contre les pupilles et les mineurs, sauf leur recours, s'il y échet, contre les tuteurs ou curateurs.

La demande en Rabattement ne peut être formée qu'au parlement de Toulouse, ou à la cour des aides de Montpellier, chacun pour ce qui le concerne, quoique les décrets aient été faits devant les juges inférieurs.

Celui qui a formé sa demande en Rabattement de décret, ne peut y être admis qu'il n'ait fait des offres réelles à l'adjudicataire, du prix total de l'adjudication; et qu'en cas de refus de la part de l'adjudicataire de recevoir, le prix n'ait été consigné au greffe de la juridiction où la demande est portée.

A l'égard des frais et loyaux coûts, remboursement des droits seigneuriaux, centième denier, améliorations et autres choses qui peuvent être dues à l'adjudicataire, la liquidation en doit être faite dans le délai fixé par la cour où la demande en Rabattement se poursuit. Cette cour peut même commettre le juge des lieux, ou un autre juge plus prochain, pour faire la liquidation.

Les fruits des biens décrétés appartiennent à celui qui a obtenu le Rabattement du décret, du jour que le prix a été reçu par l'adjudicataire, ou qu'il a été consigné; mais celui à qui le Rabattement du décret est accordé, doit payer les intérêts de la somme à laquelle les frais et loyaux coûts, les droits seigneuriaux et les améliorations sont liquidés, après le Rabattement adjugé; l'adjudicataire ne peut même être dépossédé qu'après qu'on lui a payé la somme portée par la liquidation, et les intérêts, à moins qu'il n'y ait un retardement affecté de la part de l'adjudicataire;

auquel cas, le parlement ou la cour des aides peut faire cesser les intérêts, même condamner l'adjudicataire au délaissement, sauf à lui à se pourvoir pour la liquidation.

Par arrêt du 31 juillet 1743, le parlement de Toulouse a jugé que, quand les biens d'un même débiteur avaient été vendus par différentes adjudications à un seul adjudicataire, on ne pouvait pas rabattre une partie des adjudications sans les rabattre toutes. (M. Guyot.)*

[[II. Par l'art. 18 de la loi du 25 août 1792, « le droit de Rabattement de décret usité » dans le ressort du ci-devant parlement de » Toulouse et autres, tous retraits de même » nature, sont éteints et abolis ».

Cette disposition a été expliquée par d'autres lois des 12 février 1792, 17 germinal an 2, 1er vendémiaire an 4 et 26 brumaire an 6, dont les dispositions, purement transitoires, sont aujourd'hui sans objet. *V.* l'article *Effet rétroactif*, sect. 3, §. 3, art. 1, nº 3.]]

*RABATTEMENT DE DÉFAUT. Rabattre un défaut, c'est lever, supprimer un défaut qui a été prononcé à l'audience.

Quand le défaillant ou son défenseur se présente avant que l'audience soit levée, il peut demander à celui qui préside, de rabattre le défaut; et ordinairement on prononce en ces termes, *le défaut rabattu :* mais s'il y avait de l'affectation de la part du défaillant, qu'il laissât toujours prendre un défaut, et qu'il vînt ensuite à la fin de l'audience seulement pour faire rabattre le défaut, et par ce moyen éluder de plaider contradictoirement, il dépend de la prudence du juge, dans ce cas, de ne point rabattre le défaut, et d'ordonner que le défaut tiendra, ou, s'il est encore temps, que les parties plaideront.

Quand le défaut n'est pas rabattu, il n'y a plus que la voie d'opposition, si le défaut n'est pas fatal, ou, s'il est fatal, la voie d'appel. (M. Guyot.)*

[[*V.* les articles *Défaut* et *Opposition à un jugement.*]]

RABOUCRI. *V.* l'article *Abroutis.*

RACHAT. *V.* les articles *Faculté de Rachat* et *Retrait conventionnel.*

* RADIATION. On entend par ce mot le retranchement qu'un corps ou qu'un ordre assemblé fait d'un de ses membres, d'après des motifs de prévarication, d'inconduite ou de mécontentemens particuliers.

Les conséquences qui résultent de ces jugemens privés, les réclamations qu'ils ont récemment fait naître, exigent que nous donnions quelque étendue à cet article.

La société est subdivisée en différentes associations particulières, séparées les unes des autres, et qui toutes ont leurs statuts, leurs principes, leurs maximes, on pourrait presque dire leurs mœurs et leurs vertus. Plus les fonctions qui leur sont attribuées, sont délicates, plus l'honneur en est le mobile. Lorsque ce ressort s'affaiblit, bientôt le corps qu'il faisait mouvoir, s'énerve, se dégrade et se corrompt. Ce généreux enthousiasme qui échauffait toutes ses parties, une fois éteint, il n'y a plus que langueur, que découragement : la cupidité, l'intrigue, prennent la place du désintéressement et du zèle pour les droits de l'humanité.

Cette malheureuse révolution, qui en annonce une plus funeste encore, n'a déjà que trop bouleversé tous les corps. Il n'en est point qui n'aient beaucoup perdu de leur pureté antique; mais il en est pourtant qui ont fait plus d'efforts pour se préserver d'une dégradation totale; et ce sont ceux-là qui jouissent encore de l'estime et de la considération publiques.

Le moyen le plus propre pour conserver dans un corps l'intégrité des principes qui en constituent l'honnêteté et la vertu, c'est d'user d'une sévérité salutaire envers tous les membres qui s'en écartent. Ainsi, par exemple, comme le courage, la franchise sont les vertus premières de l'état militaire, un officier convaincu de lâcheté ou de fourberie, devrait être impitoyablement chassé de son corps par l'indignation générale de ses camarades, et il y aurait un grand danger à s'opposer à ce libre exercice d'un pouvoir qui repose sur l'honneur. Si l'on disait à ses juges : « l'officier que vous forcez de sortir d'un régiment » dans lequel le roi l'a placé, ne tient pas son » grade de vous : de quel droit prétendez-» vous lui faire perdre un emploi qui lui a » été conféré par votre souverain? Attendez, » pour le séparer de vous, que le prince l'ait » jugé indigne de le servir » ; un murmure général s'élèverait contre un pareil discours; les braves défenseurs de la patrie, ne pouvant se résoudre à n'être plus que des machines meurtrières, préféreraient une humble oisiveté, à la honte de souffrir une confusion humiliante.

Il en est de même de tous les états où dominent l'honneur et l'estime de sa profession : pas un de ceux qui y sont agrégés, ne veut tenir à un être avili ou méprisé; et le plus grand malheur qui pourrait arriver, ce serait qu'ils y fussent indifférens : l'avilissement ne tarderait pas à devenir général.

Mais, autant il est avantageux que les corps

puissent exercer cette police intérieure, autant il est à désirer qu'elle soit exempte de prévention, de jalousie, de faux préjugés, et surtout d'une aveugle précipitation. Dirigée par l'esprit de confraternité, elle doit calculer les suites funestes d'une exclusion qui, en déshonorant un citoyen, le rend presque nul pour la société, et condamne souvent à l'indigence pour le reste de ses jours, un père de famille que des circonstances malheureuses ont entraîné au-delà des bornes de son devoir.

Une des plus grandes crises pour l'honneur, c'est d'être placés entre d'austères principes et le besoin, entre la faim et la délicatesse : voilà pourquoi il serait à désirer que ceux qui se dévouent à exercer une profession dont l'honneur est le premier fruit, où l'on doit attendre la reconnaissance sans jamais la solliciter, eussent au moins le nécessaire. Mais, d'un autre côté, si l'on écartait des jeunes gens qui se présentent sans fortune pour suivre une carrière ouverte à l'éloquence, on risquerait d'en éloigner le véritable talent. On n'a que trop souvent l'occasion de remarquer que l'aisance assoupit les facultés morales de l'homme, et le fixe dans la médiocrité, tandis que l'amour de la gloire le tient éveillé, lui inspire un noble dédain pour la fortune, et réduit presque à rien ses besoins.

Si les sentimens de la confraternité existaient réellement, peut-être y aurait-il moins d'inégalité entre les facultés pécuniaires; peut-être le travail serait-il plus également réparti : on s'enquerrait davantage des causes de la mélancolie qui consume un jeune confrère, lorsqu'il voit ses belles années s'écouler dans l'obscurité ou l'indigence.

Au lieu de l'humilier en faisant retentir ses succès, en étalant à ses yeux des occupations multipliées, on irait à son secours, on lui fournirait les moyens de tirer sa substance du travail dont on le chargerait. La reconnaissance formerait alors un lien de plus : mais pour s'obliger réciproquement, il faut se connaître; et dans une grande ville où les membres d'un même corps sont épars, ils n'ont pas toujours l'occasion de se rapprocher. Il serait donc avantageux d'établir des points de réunion où ils pussent se communiquer leurs idées, s'inspirer mutuellement de l'intérêt par le rapport de leurs idées et de leurs goûts.

L'ordre des avocats semble séparé en trois divisions : la première, qui est celle des consultans, voit rarement celle qui s'adonne à la plaidoirie; la troisième, occupée à composer des écritures ou des mémoires, s'ensevelit dans des cabinets, et y demeure presque inconnue aux deux autres. Comment pourraient exister parmi des hommes ainsi séparés par le genre de leurs occupations, cette confiance, cette intimité, et surtout cette disposition à s'entr'aider qui écarte les besoins particuliers, et fait le bonheur et la force de tous?

Tant qu'il n'y aura point de rapprochemens, il n'y aura pas de véritable confraternité, et alors point d'indulgence pour les fautes légères; point de secours mutuel contre l'injustice. L'égoïsme isolant tous les individus dans les affaires publiques, chacun cherchera à rendre sa condition meilleure, sans s'embarrasser du sort des autres, comme cela est arrivé en 1770.

De tout temps, l'ordre des avocats a été en possession d'exercer sa discipline sur ses membres; il a toujours eu le droit de les réprimander, de les suspendre, et même de les exclure : cependant, en 1775, la Radiation d'un homme célèbre qui a appelé à lui l'intérêt public et a fait retentir la grand'chambre de ses plaintes, a répandu pendant quelques instans des doutes sur un pouvoir qui depuis a été reconnu et confirmé solennellement par le parlement, dont l'arrêt, rendu à ce sujet (1) écartera à jamais tout avocat qui serait tenté de se soustraire à l'empire de son ordre.

Plus l'homme est censé tenir à l'état qu'il a embrassé par choix, et auquel sont attachées son existence et sa considération, plus il doit trouver de moyens de se garantir des effets de la haine ou de la prévention. Aussi a-t-il été arrêté que l'avocat rayé par cette chambre qu'on nomme la *députation*, et qui est instituée afin de recevoir les dénonciations, entretenir une police toujours active, admettre ou rejeter les jeunes gens qui se présentent pour être inscrits sur le tableau, devait jouir de la faculté d'appeler de son jugement à l'ordre assemblé.

Placé au milieu de ses pairs, c'est à lui à se disculper, s'il le peut, des chefs d'accusation élevés contre lui. Ce qui prouve la sagesse de ce réglement, c'est que la plupart des avocats qui ont eu recours à l'autorité de leur confrères convoqués pour les juger souverainement,

(1) Le 29 mars 1775, le parlement déclara M. Linguet non-recevable, tant dans son opposition à l'arrêt du 5 février précédent, qui avait confirmé sa Radiation, que dans les demandes portées dans ses requêtes; ordonna que ces requêtes seraient biffées, et fit défenses à tout procureur d'en signer à l'avenir de semblable, et à tout huissier de les signifier, à peine d'interdiction.

ont été rétablis dans leurs fonctions par l'ordre dont la présence suspendait les pouvoirs de ses députés.

Il est bien à désirer que ceux-ci, usant toujours avec sagesse et modération du pouvoir qui leur est confié, n'exposent point légèrement un homme honnête et délicat à l'humiliation de se présenter à ses confrères sous les apparences d'un homme déjà jugé indigne de rester parmi eux. Il en est plus d'un qui préféreraient de faire en silence le sacrifice de leur état, plutôt que de dévorer cette honte : moins l'ordre entier s'assemble, plus il était nécessaire que ceux qui le représentent, portassent son véritable vœu et ses vraies intentions. Il existait un abus très-contraire à ce point important, et qui vient heureusement d'être réformé par la nouvelle distribution de l'ordre, actuellement divisé en colonnes égales, au lieu d'être partagé *en bancs inégaux*. Au moyen de ce changement, les députés sont les représentans d'un même nombre d'individus; ils portent à la chambre de la députation la même quantité de suffrages, et peuvent conséquemment faire connaître le vœu général de l'ordre; au lieu qu'autrefois on ne connaissait que le vœu général *des bancs*.

Comme il y a une très-grande distance entre les égaremens de l'imagination et les fautes qui proviennent de l'altération des sentimens, il ne serait pas juste de punir de la même peine tous ceux qui ont élevé contre eux quelques sujets de plainte : aussi, dans plusieurs cas, se contente-t-on de réprimander avec plus ou moins de sévérité, ou de suspendre pour un temps plus ou moins long, l'avocat qui s'est écarté de ses devoirs. La Radiation est réservée pour ceux qui se sont déshonorés eux-mêmes par leurs actions, ou qui l'ont été par des jugemens *publics*.

L'ordre des avocats n'est pas le seul corps auquel le parlement ait reconnu le droit de se séparer d'un membre indigne de lui rester attaché.

Nous avons vu, en 1777, la faculté de médecine bannir de son sein un de ses docteurs, auquel elle reprochait, non-seulement d'avoir annoncé au public la découverte d'un *préservatif* contre cette maladie qui se cache sous l'attrait des plaisirs, mais d'avoir fait lui-même l'épreuve de ce remède sous les regards de plusieurs spectateurs.

Le médecin rayé appela des décrets de la faculté, et prétendit que tout son crime était de s'être occupé d'étouffer jusque dans sa racine un mal destructeur de l'espèce humaine. La faculté soutint que l'appelant avait blessé les mœurs; qu'il avait contrevenu aux réglemens de la faculté, en s'annonçant pour être le distributeur d'un remède secret, et qu'elle avait justement usé du pouvoir qu'elle avait d'exclure un membre déshonoré à ses yeux. Le parlement confirma, par arrêt du 13 août 1777, les décrets de la faculté de médecine, par lesquels il était ordonné *que le nom du sieur Guilbert de Préval serait rayé du catalogue des docteurs de ladite faculté, et fait défense audit Préval de vendre aucun remède par lui-même.* Depuis ce moment, le sieur de Préval n'a plus vu son nom sur la liste des médecins.

La même faculté a, par arrêt du mois d'avril 1781, fait juger contre M. le procureur général, qu'en déposant ses décrets au greffe de la cour, elle ne pourrait pas *être tenue d'en déclarer les motifs*.

La difficulté qu'on avait d'abord paru faire de reconnaître le droit que les avocats ont de suspendre ou de cesser toute communication avec celui d'entre eux qu'ils ont jugé avoir mérité cette peine, a déterminé un avocat très-estimé (1) à discuter et approfondir cette question vraiment importante. Il est difficile de rien dire de plus sage que ce qui se trouve dans l'écrit qu'il publia sous le titre de *la Censure*.

« S'il existe (dit l'auteur de cet écrit) un corps particulier dont les caractères soient tels, que la censure y soit exercée avec fruit, non-seulement laissez-lui, sans jalousie, son utile discipline, mais encouragez l'honneur à proportion qu'il est plus rare.

(1) [[Cet avocat était M. Target, qui depuis a occupé dans la cour de cassation un rang si distingué. Voici comment en parle M. le premier président Muraire, dans le bel éloge qu'il a prononcé de ce magistrat, à l'audience du 31 août 1807 :

« En 1775, une grande question était agitée devant le parlement de Paris; un avocat qui avait été rayé du tableau, contestait à l'ordre le droit et l'exercice de la censure sur ses membres.

» M. Target sentit combien cette insurrection pouvait être dangereuse, en atténuant parmi les avocats la puissance de l'opinion, en rendant moins nécessaire entre eux le besoin d'une estime réciproque, en détruisant cette juridiction intérieure et morale, en brisant ce ressort magique qui avait formé et perpétué depuis des siècles cette tradition constante et pure d'honneur et de principes qui distinguait si éminemment le barreau français. Jaloux de la dignité et de l'indépendance de sa profession, il écrivit pour les soutenir, pour les défendre; et ce fut en cette occasion qu'il publia un ouvrage intitulé la *Censure*, ouvrage plein de raison et d'esprit, de vérité et de sentiment, de force et de délicatesse, que je regrette de ne pouvoir mettre tout entier sous vos yeux ».]]

» Par exemple, je suppose un corps de citoyens voués à des fonctions utiles et honorables; un corps dans lequel il faille des lumières et de la probité, où le travail soit payé par l'honneur, et rapporte peu d'argent, où de laborieuses veilles et des études fatigantes ne puissent être adoucies que par le sentiment intérieur d'une considération méritée; je suppose un corps qui n'existe que par la confiance publique, dont les membres soient dans une relation continuelle, entretenue de même par une confiance réciproque; je suppose un corps dans lequel chacun soit, sous la foi publique, dépositaire des plus grands intérêts, des titres les plus précieux, des secrets les plus importans, de la vie, de l'honneur et de la fortune des citoyens; dans lequel une fraternité mutuelle établisse des communications nécessaires, des confidences sans précaution, des rapports indispensables et multipliés; où le ministère habituel soit de s'attaquer sans animosité, de se ménager sans prévarication, de se pénétrer des intérêts des autres; sans s'abandonner à leurs emportemens; de juger froidement ce qu'il faut défendre avec chaleur; d'interposer un zèle éclairé, une raison active entre les passions et la justice; de nourrir une concorde mutuelle au sein des combats journaliers; d'être enfin toujours rivaux, jamais ennemis; toujours zélés, jamais colères; toujours sages, jamais défians : un tel corps, s'il existait, aurait, si je ne me trompe, des caractères particuliers qu'il faudrait bien se garder de confondre avec ceux des autres corps.

» Si l'honneur lui était cher, il faudrait l'en combler; s'il allait jusqu'à la fierté, il faudrait la relever encore; s'il aimait la liberté, il faudrait rompre toutes chaînes; s'il était libre, il faudrait le rassurer contre toute entreprise. Quand ses prétentions auraient quelque chose de chimérique, c'est une belle chimère que celle qui conduit à l'honneur; elle ne peut blesser que l'orgueil; et comme elle n'est pas nuisible, elle est toujours salutaire; il entre nécessairement dans la constitution d'un tel corps, d'avoir la censure de ses membres : comme citoyens, ils sont soumis à toutes les lois de l'Etat; comme membres du corps, ils ne doivent dépendre que de sa police. Tout est confiance dans leurs fonctions; la confiance publique leur apporte des secrets, des titres, des actes originaux, des intérêts de tous genres, auxquels est attaché souvent le sort de la vie de ceux qui les approchent; la confiance mutuelle établit entre eux une communication qui n'a que l'honneur seul pour garant. La paix, la concorde et la considération réciproque doivent cimenter leurs relations nécessaires. Eux seuls peuvent s'inspecter les uns les autres, se connaître, se suivre dans les moindres détails, prononcer sur le plus ou moins de délicatesse de leur conduite. Dans un corps ainsi composé, le rapport entre les membres doit être dégagé de toute inquiétude, de toute alarme, de tout soupçon d'infidélité ou de turbulence. Aux yeux de l'honneur, une tache sur un seul membre doit être la tache du corps entier; les vertus y sont solidaires; les fautes sont communes, s'il ne les réprime pas; en un mot, nulle autre compagnie n'est plus essentiellement disposée à rendre nécessaire le droit de censure. En tout ce qui ne tient pas à la fonction qui les distingue, ils ne sont que citoyens; en tout ce qui intéresse cette fonction, ils sont soumis à la discipline du corps. Le corps doit avoir le droit de les admettre, de les avertir, de les réprimander, de les exclure.

» Si cette censure est nécessaire, les moyens par lesquels elle s'exerce ne le sont pas moins. C'est sur le caractère, le génie, la délicatesse, la conduite entière, qu'elle doit s'exercer, c'est la personne qui est soumise à l'opinion : il n'y a point d'instruction possible, si ce n'est celle que se prescrivent l'honneur et la probité. C'est l'ensemble des faits qui dirige l'opinion, ce n'est souvent aucun acte particulier; la censure a tous les caractères de l'estime; elle est libre, elle est sévère, elle est un résultat d'impressions successives; rarement, au milieu de la vie, un seul acte la fait naître ou mourir.

» Si ce corps présente de temps en temps au public la liste des membres qui le composent, elle n'est et ne peut être autre chose que la liste d'un certain nombre d'hommes qui ont l'un pour l'autre une confiance mutuelle, et que le corps présente à la société comme étant dignes de la sienne. En la publiant, le corps semble dire aux citoyens : Ne craignez rien; portez vos droits à soutenir, vos intérêts à ménager, vos secrets à garder, vos titres à faire valoir, votre confiance pleine et sans réserve, dans les demeures de ces hommes laborieux et purs qui se sont consacrés au soin pénible de votre défense; ils méritent d'être abordés sans inquiétude, et de devenir les dépositaires de vos pensées les plus intimes. Quelque soit l'adversaire qu'on vous oppose, on le choisira dans cette liste. Ce sera un noble ennemi qui ne confondra point la violence avec le zèle, les injures avec l'énergie, l'astuce avec une adresse légitime, le fiel et l'amertume avec la force et la vigueur. Cette fraternité, que vos démêlés ne doivent

point éteindre, rapprochera les deux champions; vos titres passeront des mains qui les tiennent dans celles qui doivent vous combattre; ils y passeront sans aucune autre précaution que la bonne foi et la droiture. Mais ne tremblez pas; l'honneur se nourrit par la confiance; c'est un gage plus assuré que toutes les signatures; et depuis cinq cents ans, grâce à notre vigilance, il n'a jamais trompé personne. Un seul exemple connu a été suivi d'une justice rapide, et la réparation ne s'est pas fait attendre. Votre abandon sans réserve sera payé de la même générosité. Vous serez maîtres de donner ou de refuser des marques de reconnaissance; et si vous êtes assez injustes pour oublier les services rendus par le zèle, jamais votre injustice ne retentira dans les tribunaux ni aux oreilles du public. Voilà les lois de la confédération que nous avons formée pour le triomphe de la vérité et de la justice.

» C'est par l'honneur que se maintient l'honneur. Tout ce qui blesse la délicatesse, est un crime à nos yeux : ce qui est permis aux autres ordres de citoyens, doit être interdit à celui-ci. Signer une lettre de change, prendre une procuration, gérer des affaires, exiger de l'argent, sont choses permises, mais qui engendrent des tentations périlleuses, et mettent dans la dépendance une âme qui ne doit dépendre que de l'honneur et de son devoir. Nous les regardons comme des fautes graves; et ceux à qui cette sévérité paraîtra excessive ou ridicule, ne savent pas que, si la loi retient avec des chaînes, c'est avec des fils que l'honneur gouverne les hommes; et que telle est la différence des moyens qu'emploient les jugemens et la censure.

» S'il faut que la censure s'astreigne à des formes prescrites et exige des preuves rigoureuses; si le corps qui l'exerce n'est pas libre dans sa police comme fut libre dans le choix de son état celui qui s'y fit adopter, il n'y a plus de censure; le corps ne sera pas plus pur que le siècle; les membres ne craindront plus que la loi : s'ils ne sont pas criminels, ils seront assez vertueux; les bassesses ou les violences aviliront ou agiteront l'association; on se croira fort en répandant le fiel contagieux, en affectant l'audace adroite, en se permettant le mensonge; intelligent, en préférant le riche, l'homme en crédit ou à la mode; sage, en mettant la confiance à contribution, en vendant les fureurs, en se faisant un patrimoine des passions les plus viles : le goût du luxe, du faste, des fantaisies, pénétrera dans les âmes avides et corrompues; le corps sera divisé en sujets flétris par la misère ou dépravés par la cupidité; la gloire ne sera plus que l'orgueil; et un mépris trop juste humiliera, sans corriger, des hommes à qui, comme à tant d'autres, la chimère de l'honneur ne paraîtra plus que ridicule » (1).

Ce que nous venons de citer de cet excellent ouvrage, nous dispense de réponse à plusieurs objections qui ont été faites par des gens du monde et même par des magistrats, sur l'abus d'un pouvoir qui, au premier coup d'œil, peut paraître arbitraire.

Les avocats auront toujours une considération particulière à faire valoir en faveur de l'exercice de leur discipline. Lorsqu'un d'eux est inscrit sur le tableau, il ne tient son admission que de ses confrères; on n'exige de celui qui se présente, que la durée d'un stage et le suffrage de ceux qui le connaissent. Dans les autres corps, au contraire, ceux qui le composent, n'y ont été agrégés qu'après avoir ou donné une finance, ou obtenu des lettres du prince. L'existence de l'avocat ne reposant que sur l'estime de ses confrères, une fois qu'il a eu le malheur de la perdre, il ne doit pas se plaindre que son état croule, puisqu'il en a lui-même brisé la base.

Mais, dira-t-on, celui qui aura blessé les yeux de la jalousie par des talens transcendans, en marchant d'un pas rapide à la célébrité, et en attirant vers lui la foule des cliens, pourra donc être immolé sans défense par l'envie! Il ne tiendra donc qu'à d'obscurs rivaux d'abreuver de dégoûts un orateur distingué, et de l'enlever à la société?

Peut-être une basse jalousie a-t-elle quelquefois pris, dans l'âme de quelques individus, la place de cette noble émulation qui seule devrait animer des hommes dévoués à de sublimes fonctions; mais elle n'a jamais dégradé que quelques âmes vulgaires. On a souvent eu lieu de remarquer que les véritables talens, loin de blesser le grand nombre d'avocats qu'un mérite modeste retient dans une espèce d'obscurité, les flattaient, en relevant

(1) [[« Ainsi parlait (dit M. le premier président » Muraire dans le discours déjà cité), ainsi écrivait » M. Target, de la profession d'avocat : et ce qu'il » en pensait, ce qu'il en disait, n'était pas une pom- » peuse et vaine théorie : il l'exerçait d'après ces » nobles principes, d'après l'idée grande et libérale » qu'il s'en était formée; il ne faut donc pas s'étonner » si, par ses qualités, encore plus que par ses talens, » il mérita et obtint parmi les avocats au parle- » ment de Paris, un rang si distingué et si honora- » ble ».]]

à leurs yeux une profession dont l'éclat semble se répandre sur tous ceux qui l'exercent.

S'il est arrivé à des jeunes gens qui ont eu un début glorieux, d'éprouver quelques contradictions, d'essuyer quelques dégoûts, ils en ont été bientôt dédommagés par les témoignages d'estime et de considération de leurs anciens confrères. Si l'on pouvait douter de ce que nous disons, nous invoquerions le souvenir des Cochin, des Normant, des Aubry, des Degênes, qui n'ont cessé de jouir, pendant le cours glorieux de leur vie, de la distinction la plus flatteuse dans leur ordre.

Ce serait donc vraiment calomnier les avocats, que de prétendre que le mérite distingué est une cause de persécution parmi eux. Si le public pouvait pénétrer dans les motifs qui ont dicté les jugemens de Radiation dont il a quelquefois murmuré, il serait convaincu qu'ils n'ont jamais frappé que des sujets qui avaient obscurci leurs talens, ou par des vices, ou par des injustices, ou par des contraventions aux austères principes de l'ordre.

Par exemple, celui qui, après avoir défendu avec chaleur, avec éloquence, un client dont il aurait gagné la cause, exigerait ses honoraires d'une manière opposée à l'esprit de générosité et de désintéressement, qui est un des plus beaux attributs de sa profession, encourrait la peine de la Radiation.

L'avocat qui, sous le voile de l'amitié, aurait l'imprudence de se charger d'une *procuration* et de rendre des services au-dessous de son ministère, s'exposerait au même jugement.

On userait de la même sévérité envers celui qui serait convaincu de s'intéresser dans les entreprises, dans les affaires incompatibles avec son état, qui contracterait des engagemens qui mettraient sa liberté en péril.

Un des plus grands dangers auxquels un avocat soit exposé, c'est celui qui naît de la vivacité de son imagination, ou de l'excessive confiance qu'il donne à un client aveuglé sur sa cause, ou faux dans ses récits.

S'il anime son plaidoyer ou ses écrits par trop d'emportement, par un ton satirique et injurieux, ou par des reproches déplacés, il court les risques de voir son nom retranché de la liste des défenseurs publics. Cependant, si l'on reconnaissait qu'il a été lui-même trompé, qu'il était de bonne foi, et que son zèle l'a emporté au-delà des bornes d'une sage modération, l'ordre ne le priverait pas tout-à-coup de son état; ce ne serait qu'autant qu'il se montrerait absolument incorrigible, qu'on se déterminerait avec regret à se séparer de lui.

« Le ministère de l'avocat (comme on l'a très-sagement observé dans une consultation sur *la discipline des avocats*) n'est pas seulement nécessaire dans les tribunaux, où les droits des citoyens ne peuvent être défendus que par des hommes consacrés à l'étude des lois; la justice désire encore qu'il y ait des médiateurs entre elle et la partie, afin que le langage des passions n'y trouble pas la paix de son sanctuaire; et que les causes y soient présentées avec la décence qu'il convient d'observer dans les lieux où la majesté du prince ne cesse point de résider.

» Lorsqu'un avocat met sur ses yeux le bandeau qui couvre ceux de sa partie, lorsqu'il ne se place entre le peuple et ses juges, que pour prêter aux haines, aux ressentimens de ses cliens, l'énergie de l'expression et de la vivacité des images, il se rend indigne d'un ministère sacré; ses talens mêmes deviennent un titre qui l'en écarte.

» Quand on se connaît une imagination trop facile à s'enflammer et à épouser des passions étrangères, il faut s'abstenir des fonctions d'un état qui exige une circonspection sévère, plutôt que de courir le risque de faire à un honnête homme des blessures qui saigneront encore après que la justice aura rendu l'oracle qui le justifie ».

Quoiqu'il n'entre pas dans les principes de l'ordre, de se livrer à des recherches trop exactes sur les mœurs privées des avocats, il n'en est pas moins vrai que celui qui se dégraderait aux yeux du public, par des habitudes viles et honteuses, devrait s'attendre, s'il était indocile aux réprimandes qui lui seraient faites, à être rayé du tableau. Cette Radiation serait plus prompte, s'il s'était déshonoré en contractant une alliance réprouvée par les mœurs.

Nous avons vu, il n'y a pas encore bien des années, un avocat rayé du tableau pour avoir essayé de combattre, dans une consultation, l'opinion fixée sur la profession de comédien (1).

Le tableau des avocats étant, ou du moins devant être une liste de citoyens purs, laborieux, dignes de la confiance des plaideurs, l'avocat qui veut y voir son nom conservé, doit éviter tout ce qui peut compromettre son honneur et sa réputation : il ne peut pas

(1) [[Si jamais Radiation fut vexatoire et souleva justement le public éclairé, ce fut assurément celle de cet avocat, qui, loin d'outrager nos lois dans sa consultation, n'avait parlé que leur langage. *V.* l'article *Comédien*, no 5.]]

apporter trop de soins dans le choix de ses liaisons et même de ses amusemens.

Une vertu sévère sied bien au défenseur de l'opprimé; elle dispose ses auditeurs à l'attention; elle rend ses effets plus puissans, et communique une sorte de dignité à ses talens. (M. DE LA CROIX.) *

[[L'institution qui fait la matière de cet article, avait été entraînée, comme beaucoup d'autres, par le torrent de la révolution de 1789; mais elle a été rétablie, avec de sages modifications, par le décret du 14 décembre 1810 et maintenue par l'ordonnance du roi du 20 novembre 1822. *V.* l'article *Avocat*, §. II.]]

* RADIATION DES HYPOTHÈQUES (1). C'est l'action de faire disparaître des registres du bureau de la conservation des hypothèques, les inscriptions hypothécaires qui existent. Elle prend le nom de *Réduction*, lorsqu'elle n'a pour objet que de faire restreindre ces inscriptions.

I. Après avoir réglé le mode des inscriptions hypothécaires, le Code civil explique, dans le chap. 5 du titre *des priviléges et hypothèques*, les changemens que ces inscriptions peuvent subir sur les registres du conservateur. Ces changemens consistent dans la *réduction* qui diminue l'effet de l'inscription hypothécaire, et dans la *Radiation* qui l'anéantit.

Nous traiterons ensemble ces deux parties de la matière hypothécaire, à l'exemple du législateur qui les a réunies dans le chapitre cité.

La Radiation de l'inscription est la suite naturelle de l'extinction de l'hypothèque; et sous ce point de vue, il aurait pu paraître plus conforme à l'ordre généalogique des idées que le législateur eût d'abord réglé tout ce qui concerne l'extinction des hypothèques, et qu'il eût précenté ensuite le mode à suivre pour opérer la Radiation de l'inscription d'une hypothèque éteinte. Mais il peut arriver qu'on ait pris une inscription sans titre hypothécaire, ou bien qu'on l'ait prise dans une circonstance où elle ne peut produire aucun effet. Il est sensible que, dans ces divers cas, on peut demander et obtenir la Radiation de l'inscription, sans discuter l'extinction d'une hypothèque qui n'a pas existé, ou qui se trouvait paralysée au moment de l'inscription.

II. L'art. 2157 du Code civil est ainsi conçu: « Les inscriptions sont rayées du consentement des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou en vertu d'un jugement » en dernier ressort ou passé en force de » chose jugée ».

L'on voit par cet article, que la Radiation est volontaire ou forcée.

Elle est volontaire lorsque les parties intéressées ayant capacité à cet effet, y donnent leur consentement. Elle est forcée, lorsqu'elle est ordonnée par un jugement.

La Radiation volontaire ne pouvant avoir lieu qu'en vertu du consentement des parties intéressées, celles qui donnent ce consentement doivent avoir la capacité qui est exigée pour pouvoir contracter.

Ainsi, les mineurs, les interdits, les femmes mariées non autorisées par leur mari, ne peuvent consentir validement la Radiation de leurs hypothèques sur les débiteurs autres que le tuteur ou le mari.

S'il s'agissait de Radiation ou réduction des hypothèques des femmes ou des mineurs et interdits sur les biens des maris ou des tuteurs, elles ne pourraient s'opérer qu'avec les formes voulues par les art. 2140 et suivans, auxquels nous renvoyons le lecteur (1).

Mais si les mineurs, les interdits, les femmes mariées, ne peuvent consentir isolément la Radiation de leurs hypothèques sur les biens de leurs débiteurs, autres que les tuteurs et les maris, la femme autorsée de son mari pourra consentir, dans tous les cas, la Radiation de son hypothèque.

Le tuteur, après avoir reçu le montant de la créance appartenant au mineur ou à l'interdit, pourra aussi consentir la Radiation de l'hypothèque dont cette créance était accompagnée; et il le pourra sans avoir besoin de recourir au conseil de famille ni à l'autorité de la justice; car si le tuteur a le pouvoir de recevoir sans formalité les sommes dues aux mineurs, et de libérer ainsi le débiteur, il faut, par une conséquence nécessaire, qu'il ait le pouvoir de consentir la Radiation de l'hypothèque dont la dette était accompagnée.

Il le pourrait encore, lors même qu'il ne recevrait pas le montant de la dette, et qu'ainsi l'affranchissement de l'hypothèque accordée

(1) Cet article, à l'exception de ce qui s'y trouve entre deux doubles crochets, appartient à M. TARRIBLE, maître des comptes, ci-devant membre du tribunat, section de législation.

(1) [[Résulte-t-il de ces articles, qu'une femme mariée ne peut pas, avec la seule autorisation de son mari, donner main-levée de l'hypothèque qu'elle a sur un bien de son mari même, qu'elle vend conjointement et solidairement avec lui ? Non. *V.* l'article *Transcription*, §. 5, no 5.]]

par lui, représenterait une espèce de remise, sinon de la dette, du moins des sûretés qui la garantissaient. Qui peut le plus, peut le moins. Le tuteur peut recevoir les sommes mobilières dues au mineur et les dissiper; la libération n'en est pas moins acquise au débiteur; la responsabilité du tuteur reste seule engagée (art. 450 du Code civil). Si la Radiation ou la remise de l'hypothèque vient à compromettre le recouvrement de la dette, il en demeurera pareillement responsable; mais la Radiation de l'hypothèque n'en opérera pas moins son effet.

La Radiation est forcée, lorsqu'elle est ordonnée par un jugement; mais ce jugement doit être rendu en dernier ressort, ou avoir passé en force de chose jugée. La Radiation ordonnée par un jugement, ne pourrait être opérée, si ce jugement pouvait être attaqué par la voie de l'opposition ou de l'appel.

Nous allons voir quels sont les cas où la Radiation peut et doit être ordonnée.

III. L'hypothèque prend son origine, ou dans la loi, ou dans un jugement, ou dans la convention. Elle se consolide et se complète par l'inscription, qui, comme nous l'avons vu, se fait sur le registre public destiné à la recevoir. Le conservateur des hypothèques est le ministre nécessaire de l'inscription; il doit l'être de même de la Radiation, lorsqu'il y a lieu de la faire.

L'art. 2160 nous apprend qu'il y a lieu à la Radiation, lorsque l'inscription a été faite sans être fondée ni sur la loi ni sur un titre, ou lorsqu'elle l'a été en vertu d'un titre, soit irrégulier, soit éteint ou soldé, ou lorsque les droits de privilége ou d'hypothèque sont effacés par les voies légales.

Cet article distingue le cas où l'inscription a été faite sans qu'il eût hypothèque, d'avec celui où l'inscription a eu pour cause un titre vraiment hypothécaire, mais effacé depuis.

Le premier cas est celui où l'on a fait l'inscription d'une créance non existante, ou d'une créance vraie, mais à laquelle, ni la loi, ni un jugement, ni une convention accompagnée des formes voulues par le Code, ne conféraient l'hypothèque: ou bien d'une créance hypothécaire qui était éteinte lors de l'inscription, ou qui, subsistant encore, ne pouvait néanmoins être inscrite utilement.

Le second cas se réalise, lorsqu'une vraie hypothèque a été régulièrement inscrite, mais a été éteinte depuis par l'un des moyens indiqués par la loi.

Les moyens d'extinction, d'après l'art. 2180 du Code civil, sont au nombre de quatre:

1° L'extinction de l'obligation principale;

2° La renonciation du créancier à l'hypothèque;

3° L'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers détenteurs, pour purger les biens par eux acquis;

4° La prescription.

[[Ne doit-on pas y ajouter, pour le cas où il s'agit d'une hypothèque consentie pour le compte d'un tiers, l'impossibilité où le créancier s'est mis, par son propre fait, de subroger celui à qui appartient le bien hypothéqué, à l'hypothèque qu'il avait acquise ou qu'il aurait pu acquérir sur ce bien?

Le 13 prairial an 8, arrêté du gouvernement qui confère aux sieurs Duquesnoy, Cattoire et Besson, pour trois, six ou neuf ans, la régie intéressée des salines de l'Est, avec faculté de s'en désister après trois ou six ans, et à la charge 1° qu'ils paieront au trésor public une somme de 1,800,000 francs par chaque année; 2° qu'ils seront admis à partager le surplus des produits, dans des proportions déterminées; 3° qu'ils fourniront un cautionnement d'un million en immeubles.

Les sieurs Duquesnoy, Cattoire et Besson entrent en jouissance le 1er messidor de la même année.

Le 23 ventôse an 10, ils comparaissent devant un notaire pour réaliser leur cautionnement; l'acte porte, entre autres choses, que le sieur Duquesnoy affecte, oblige et hypothèque les forges de Moyeuvre et leurs dépendances, appartenant par indivis tant à lui qu'au sieur Marin, dont il s'oblige de rapporter la ratification dans le mois.

Le 27 messidor suivant, nouvel arrêté du gouvernement qui autorise la prorogation de la régie des salines pendant trois ans, à compter du 1er messidor an 11, sous les conditions portées par l'arrêté du 13 prairial an 8; mais à la charge que les régisseurs paieront trois millions par an avant d'être admis au partage des produits.

Le 13 brumaire an 11, le sieur Marin ratifie devant notaire l'acte passé par le sieur Duquesnoy, le 23 ventôse an 10.

Le 9 novembre 1805, les sieurs Cattoire et Dauphin, en vertu d'un acte passé à leur profit, six jours auparavant, par le sieur Duquesnoy, prennent une inscription hypothécaire sur la moitié qui lui appartient dans les forges de Moyeuvre.

Le 22 mars 1806, l'agent du trésor public prend, sur les biens du sieur Duquesnoy, une inscription qui frappe, par l'effet de sa généralité et de l'acte du 22 ventôse an 10, sur la

même moitié des forges de Moyeuvre, sur laquelle les sieurs Cattoire et Dauphin s'étaient précédemment inscrits.

Quelque temps après, cette moitié des forges de Moyeuvre est vendue; le prix en est distribué le 26 janvier 1809; la collocation que le gouvernement obtient dans l'ordre ne lui produit rien, tout le prix étant absorbé par les créanciers inscrits avant le 22 mars 1806.

Le 18 février suivant, l'agent du trésor public prend une inscription sur la moitié des mêmes forges appartenant au sieur Marin, pour sûreté de ce que les régisseurs des salines devront par le réglement de leur compte, et jusqu'à concurrence du montant du cautionnement fixé par l'arrêté du 13 prairial an 8.

Le sieur Marin demande la main-levée de cette inscription :

« En négligeant (dit-il à l'agent du trésor public) de vous inscrire en temps utile sur le sieur Duquesnoy, en vous laissant gagner de vitesse par d'autres créanciers, vous avez perdu tout l'avantage de l'hypothèque qui vous avait été accordée par l'acte du 22 ventôse an 10; vous vous êtes conséquemment mis dans l'impossibilité de me subroger dans cette hypothèque ; je suis donc déchargé de mon cautionnement ; car l'art. 2037 du Code civil déclare que la caution est déchargée, lorsque la subrogation aux droits, hypothèques et priviléges du créancier ne peut plus, par le fait de ce créancier, s'opérer en faveur de la caution.

» D'ailleurs mon cautionnement n'a eu lieu que pour les trois premières années de la régie; l'arrêté du 22 messidor an 10, en imposant aux régisseurs des conditions beaucoup plus onéreuses que celui du 13 prairial an 8, avait opéré entre les parties une véritable novation ».

L'agent du trésor public répond 1° que l'art. 2037 du Code civil est inapplicable à l'espèce ; 2° que, quand même le sieur Marin ne serait obligé que pour les trois premières années de la régie, sa demande n'en serait pas moins non-recevable, quant à présent, la cour de comptes n'ayant pas encore prononcé sur le compte des régisseurs.

Par arrêt du 4 avril 1811, la cour d'appel de Metz donne au sieur Marin main-levée de l'inscription de l'agent du trésor public.

Mais celui-ci se pourvoit en cassation, et le 25 novembre 1812, au rapport de M. Gandon,

« Vu les art. 2011 et 2015 du Code civil;

» Considérant qu'il résulte du premier de ces articles, que le cautionnement est un acte par lequel un tiers s'oblige de payer une dette en cas que le débiteur ne l'acquitte pas lui-même ;

» Qu'il est de l'essence d'un engagement de ce genre, que celui qui le contracte, s'oblige personnellement envers le créancier ;

» Que, si, au lieu de s'engager personnellement, il ne fait que promettre, délivrer ou engager, à titre de garantie, des propriétés mobilières ou immobilières, il peut résulter de ces stipulations un acte de nantissement, une antichrèse, une affectation hypothécaire, mais non cautionnement tel que le définit le Code civil ;

» Qu'il est constant au procès, reconnu par les parties et par l'arrêt attaqué, que Marin n'a pas contracté envers le gouvernement, l'obligation personnelle d'acquitter la dette de Duquesnoy, en cas de non-paiement de la par de celui-ci ;

» Que Marin a purement et simplement consenti que sa moitié dans les forges de Moyeuvre fût hypothéquée et affectée au gouvernement pour sûreté des actions qu'il pourrait un jour exercer contre Duquesnoy, en vertu du bail ou régie résultant de l'arrêté du 13 prairial an 8 ;

» Qu'en l'absence de toute autre stipulation, cette affectation hypothécaire ne contient pas un cautionnement dans le sens de l'art. 2011 du Code civil, et qu'on ne pouvait par conséquent appliquer à l'espèce l'art. 2037 du même Code ;

» Que, d'après l'art. 2015, le cautionnement ne se présume pas, qu'il doit être exprès ;

» Considérant enfin que, si la connaissance de la demande en Radiation de l'inscription hypothécaire formée par Marin, était de la compétence de la cour de Metz, cette cour eût dû surseoir à prononcer, dès qu'il a été maintenu que la cour des comptes n'avait pas encore réglé le compte des régisseurs, et que le contraire n'était pas justifié ;

» En effet, la cour de Metz (cessant la fausse application qu'elle a faite de l'art. 2037) n'aurait pu donner la main-levée demandée, qu'en jugeant qu'il n'était rien dû au gouvernement. Or, elle était incompétente pour le juger, la question étant dans l'attribution exclusive de la cour des comptes ;

» Par ces motifs, et sans qu'il soit besoin de s'occuper du troisième moyen, la cour donne défaut contre le défendeur ; et pour le profit, casse l'arrêt du 4 avril 1811, pour violation des art. 2011 et 2015 du Code civil, pour fausse application de l'art. 2037, et pour avoir, par suite de cette fausse application, usurpé la juridiction de la cour des comptes, en ju-

geant qu'il n'était plus rien dû sur les trois premières années de la régie ».]]

IV. Nous avons dit, au mot *Hypothèque*, §. 3, art. 1, n° 1, que l'hypothèque est un droit réel, accessoire à celui qui résulte d'une obligation principale, en telle sorte qu'il ne peut y avoir d'hypothèque, qu'autant qu'il y a une obligation principale à laquelle l'hypothèque trouve à se rattacher. L'extinction de l'obligation principale doit donc entraîner celle de l'hypothèque.

Les obligations s'éteignent, suivant l'art. 1234 du Code civil, par le paiement, par la novation, par la remise volontaire, par la compensation, par la confusion, par la perte de la chose, par la nullité ou la rescision, par l'effet de la condition résolutoire, et par la prescription.

Il n'entre pas dans notre plan de faire ici l'analyse de ces divers moyens d'extinction que l'on retrouvera dans le chap. 5 du titre *des contrats et obligations* du Code civil; il suffit de se bien pénétrer du principe qui veut que, du moment où l'obligation principale est éteinte, l'hypothèque qui y était attachée, soit éteinte aussi.

Cette extinction a lieu de plein droit : la même cause qui anéantit l'obligation, doit nécessairement anéantir l'hypothèque, lors même que l'acte de libération n'énoncerait rien de positif concernant l'hypothèque. Comment, en effet, l'hypothèque, qui n'est qu'un moyen d'assurer l'accomplissement de l'obligation, pourrait-elle subsister, lorsqu'il n'y a plus d'obligation à accomplir?

Il n'en est pas de même de l'extinction de l'hpothèque : elle n'entraîne pas avec elle l'extinction de l'obligation principale. Rien n'empêche, en effet, que l'hypothèque qui avait été attachée à l'obligation pour en assurer l'accomplissement, n'en soit séparée après coup par une cause quelconque, et que l'obligation personnelle ne continue de subsister.

L'extinction de l'hypothèque n'anéantit donc que la seule hypothèque : mais elle ne suffit pas pour en faire opérer immédiatement la Radiation. Le conservateur des hypothèques, ministre de ces opérations, n'est pas chargé de juger si une obligation hypothécaire est éteinte ou ne l'est pas : il ne peut faire la Radiation qu'autant qu'on lui représente un acte authentique, portant consentement exprès à la Radiation, de la part des parties intéressées et ayant capacité à cet effet, ou bien un jugement en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée, qui ordonne aussi expressément la Radiation, ainsi que nous allons l'expliquer.

V. L'extinction de l'hypothèque et la Radiation sont deux choses très-différentes. L'extinction qui, comme nous l'avons vu, peut résulter d'un grand nombre d'actes diversement modifiés, anéantit le fond du droit résultant de l'hypothèque. La Radiation n'est qu'un acte matériel qui efface les dernières traces de cette charge. L'extinction de l'hypothèque affranchit dans la réalité l'immeuble affecté, de telle manière que le créancier qui voudrait encore faire usage d'une hypothèque éteinte, serait repoussé par le débiteur, par le tiers-détenteur, par les autres créanciers, et par toute autre personne qui aurait intérêt à se prévaloir de l'extinction. Si la Radiation d'une hypothèque est utile au débiteur, c'est moins pour consommer l'extinction de l'hypothèque que pour rétablir son crédit, qui reste altéré par une inscription subsistante, attendu que les personnes qui ont à traiter avec ce débiteur, ne voulant pas s'ériger en juges de l'extinction d'une dette hypothécaire, ne reconnaissent la liberté d'un immeuble qu'à l'absence de toute inscription.

VI. La renonciation du créancier à l'hypothèque est le second moyen d'extinction. Son effet ne peut être équivoque, lorsque le créancier renonce expressément à son hypothèque. L'hypothèque est visiblement éteinte, et l'obligation personnelle subsiste, si aucune autre expression du contrat ne donne à comprendre qu'en renonçant à son hypothèque, il a voulu pareillement renoncer à sa créance, ou en faire remise.

Mais il y a plus de difficulté si, au lieu d'une renonciation expresse, il n'y a qu'une renonciation tacite.

Les lois romaines fournissent plusieurs exemples de ces renonciations tacites.

Suivant la loi 4, §. 1, D. *quibus modis pignus solvitur*, le créancier qui consent à la vente, donation, ou autre aliénation que fait son débiteur du fonds qui lui était engagé, ou qui la permet ou la ratifie, n'a plus d'hypothèque sur ce fonds, s'il ne la réserve.

La loi 12, D. *eod. tit.*, indique un autre cas où le créancier est censé faire remise de l'hypothèque : c'est celui où il consent que le fonds hypothéqué en sa faveur, soit hypothéqué en faveur d'un autre.

Quelques auteurs ont induit généralement de ces textes, que celui qui signait les actes dont nous venons de parler, soit comme tierce-partie, soit comme notaire, soit comme

témoin instrumentaire, était censé renoncer à son droit; mais ils ont été trop loin.

Domat, *lois civiles*, liv. 3, tit. 1, sect. 7, §. 15, donne là-dessus des règles pleines de sagesse et d'équité, qui peuvent seules diriger les juges dans des circonstances semblables.

« Un créancier (dit-il) ne perd son hypothèque par son consentement, que lorsqu'il paraît évidemment que son intention est de la remettre, ou qu'on lui pourrait imputer de la mauvaise foi pour n'avoir pas déclaré son droit devant le déclarer.....

» En général, on doit juger de l'effet des approbations par des signatures ou autrement, selon les circonstances de la qualité des actes, de celle des personnes, de la connaissance qu'elles peuvent avoir du tort que peut faire ou leur approbation ou leur silence à leurs intérêts ou à ceux des autres, de leur bonne ou mauvaise foi, de l'intention des contractans et les autres semblables ».

Cette règle doit être admise avec d'autant plus de confiance, qu'elle est dans un accord parfait avec celle établie par l'art. 1353 du Code civil, portant que « les présomptions » qui ne sont point établies par la loi, sont » abandonnées aux lumières et à la prudence » du magistrat, qui ne doit admettre que des » présomptions graves, précises et concor- » dantes ».

Les présomptions de Renonciation que l'on pouvait, dans le droit romain, induire des faits que nous avons articulés, ou d'autres semblables, ne sont pas nominativement établies par nos lois : elles retombent, par cela même, dans la classe des présomptions morales, dont la force doit être mesurée sur les circonstances, [[et sur lesquelles on peut voir ce que j'ai dit tant à l'article *Présomption*, §. 2, qu'à l'article *Substitution fidéicommissaire*, sect. 12, §. 3, art. 3.]]

Un créancier est-il censé renoncer à l'hypothèque que lui a donnée un tiers sur ses biens, lorsqu'il néglige de faire, relativement aux biens de son débiteur, les diligences nécessaires pour qu'il puisse subroger utilement le tiers dans ses droits?

V. ci-devant, n° 3.]]

VII. Le troisième moyen d'extinction des hypothèques est l'accomplissement des formalités et conditions prescrites aux tiers-détenteurs pour purger les biens par eux acquis.

Ce moyen fera le sujet de l'article *Transcription*. Il nous suffit de l'indiquer ici; nous le développerons, sous le mot cité, avec l'étendue qu'exige son importance.

VIII. Le quatrième moyen enfin est la prescription.

Cette matière qui est aussi très-vaste, fait l'objet du tit. 20 et dernier du Code civil. Peut-être serait-il utile d'asseoir les principes généraux, qui concernent la prescription, avant que d'en faire l'application à l'extinction des hypothèques. Mais comme cette exposition nous écarterait trop de notre sujet, nous renverrons le lecteur au texte de ce titre, et nous nous contenterons, à l'exemple du législateur, d'expliquer ici les règles particulières qui s'appliquent taxativement aux hypothèques.

« La prescription (selon l'art. 2219 du Code » civil), est un moyen d'acquérir ou de se » libérer par un certain laps de temps, et sous » les conditions déterminées par la loi ». Ces conditions sont la possession continuée pendant le temps prescrit, et dans certains cas, le titre et la bonne foi.

La prescription des hypothèques et des privilèges appartient à la seconde classe. Le débiteur et le tiers-détenteur n'acquièrent aucune propriété, mais seulement la libération d'une charge pesant sur l'immeuble hypothéqué.

La possession est nécessaire pour opérer cette prescription : la prescription de l'hypothèque n'est pas opérée par la possession *corporelle* de l'immeuble affecté; mais bien par la possession de la libération, qui s'induit du silence du créancier.

La durée de la possession nécessaire pour acquérir la prescription, varie selon la cause de cette même possession, et selon la main où elle se trouve.

Lorsque l'immeuble hypothéqué est resté dans la main du débiteur, la durée de la possession doit être égale à celles des actions ou obligations auxquelles se trouvent attachés l'hypothèque ou le privilége.

Il suit de là que la prescription d'une hypothèque attachée à une obligation ordinaire dérivant d'un contrat ou d'un jugement, ne s'acquerra que par trente ans consécutifs de possession, c'est-à-dire, de silence de la part du créancier.

Il s'ensuit, par la même raison, que l'hypothèque établie sur un immeuble pour sûreté du paiement des arrérages d'une rente perpétuelle ou viagère, sera prescrite par cinq ans pour ce qui concerne les arrérages qui remontent au-delà de ce terme, puisque, d'après l'art. 2277, l'action tendante à recouvrer ces arrérages, est prescrite par le même temps.

La loi *cùm notissimi*, C. *de præscriptione* 30 *vel* 40 *annorum*, voulait que l'action hypothécaire durât 40 ans, lorsqu'elle était jointe à l'action personnelle, ou en d'autres termes, lorsque l'immeuble hypothéqué était cons-

tamment resté dans la possession du débiteur. La disposition de cette ancienne loi avait été admise dans les pays coutumiers : mais elle avait constamment été rejetée dans les pays de droit écrit (1), et elle l'est de même par le texte que nous expliquons.

On ne pouvait, en effet, sans une aberration des vrais principes de la matière, laisser subsister l'action hypothécaire, lorsque l'action personnelle était éteinte; car c'est à cette règle très-simple que doivent être ramenées les hypothèses diverses qui peuvent se présenter relativement à la prescription des hypothèques, dans le cas où l'immeuble hypothéqué a continué de rester dans la main du débiteur. Tant que l'obligation personnelle subsiste, l'hypothèque subsiste aussi. Lorsque l'obligation personnelle est éteinte par la prescription, l'hypothèque l'est aussi de la même manière.

Lorsque l'immeuble hypothéqué a passé dans la main d'un tiers-détenteur, la prescription de l'hypothèque lui est acquise par le temps réglé pour la prescription de la propriété à son profit. La règle est semblable à celle qui vient d'être posée. Le droit de propriété est le plus précieux de tous les droits; et lorsqu'un tiers-détenteur a possédé assez longtemps pour prescrire la propriété d'un immeuble appartenant à un autre que son auteur, il est naturel qu'il prescrive, dans le même espace de temps, les hypothèques appartenant à un créancier. Mais il est utile de placer ici plusieurs observations qui modifient cette règle.

1° On ne doit pas l'appliquer aux successeurs à titre universel, ni à aucun de ceux qui sont obligés personnellement d'acquitter la dette : elle ne regarde que les tiers-détenteurs possédant à titre particulier, et non soumis à l'obligation personnelle. Les premiers sont assimilés au débiteur originaire, et assujétis aux mêmes conditions.

2° Le temps de la possession nécessaire, pour accomplir la prescription, varie selon la cause de la prescription, et selon la présence ou l'absence du créancier, qui, en ce point, est assimilé au propriétaire.

Si le possesseur n'a point de titre, ou n'a qu'un titre vicieux, la prescription de l'hypothèque ne lui est acquise que par trente ans. L'art. 2262 du Code civil exige ce temps à l'égard de celui qui n'a point de titre, ou qui n'a qu'un titre vicieux.

Si le possesseur a titre et bonne foi, la prescription de l'hypothèque lui est acquise par un laps de dix ans, lorsque le créancier habite dans le ressort de la cour d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble hypothéqué se trouve situé; et par vingt ans, lorsque le créancier est domicilié hors de ce ressort (art. 2265); et lorsque le créancier a habité en différens temps dans le ressort et hors du ressort, il doit, pour compléter la prescription, ajouter à ce qui manque aux dix ans de présence un nombre d'années d'absence double de celui qui manque pour compléter les dix ans de présence; en telle sorte que, si le créancier avait été présent pendant six ans seulement, la prescription ne serait acquise qu'après la quatorzième année accomplie. (Art. 2266 du Code civil).

Ces calculs se compliqueraient davantage, mais partiraient toujours de la même base, si la prescription avait commencé sur la tête du débiteur personnel, et si, pendant son prolongement sur celle du tiers-détenteur, le créancier avait eu son domicile en différens temps dans le ressort et hors du ressort.

Supposons, pour nous faire mieux entendre, que le débiteur personnel ait possédé, sans interruption de la part du créancier, l'immeuble qu'il a soumis à l'hypothèque pendant quinze ans, à partir de l'acte constitutif; qu'il l'ait vendu au bout de ce terme, et que, pendant la possession du nouvel acquéreur, le créancier ait habité trois ans dans le ressort et deux ans hors du ressort : nous disons que, dans cette espèce, la prescription de l'hypothèque sera acquise au tiers-détenteur après la vingt-deuxième année, à partir de la constitution de l'hypothèque, et après la septième à partir de son acquisition. La démonstration est claire et facile.

Pour compléter la prescription on peut joindre, dit l'art. 2235, sa possession à celle de son auteur, de quelque manière qu'on lui ait succédé; le débiteur personnel, qui ne pouvait prescrire que par trente ans, avait possédé pendant la moitié de ce temps. L'acquéreur a pu profiter de la possession de son auteur, qui s'était prolongée pendant la moitié du temps nécessaire pour opérer la prescription : il n'a eu besoin, pour l'accomplir, que d'une possession continuée pendant la moitié du temps requis pour son genre de détention. Cette moitié n'eût été que de cinq ans, si le créancier avait toujours été domicilié dans le ressort; mais comme il en a été absent pendant deux ans, il faut doubler ces deux années et les proroger à quatre, ce qui donne les sept années à partir de l'acquisition, et les vingt-deux, à partir de la constitution de l'hypothèque.

3° La prescription, qui n'est abrégée à

(1) [[*V.* mon *Recueil de Questions de droit*, au mot *Hypothèque*, §. 13.]]

l'égard du tiers-détenteur qu'autant qu'elle est accompagnée d'un titre, ne commence à courir, suivant notre texte, que du jour où le titre a été transcrit sur les registres du conservateur.

Cette disposition aurait été dans une harmonie parfaite avec le système de la loi du 11 brumaire an 7. Pour prescrire, il faut posséder à titre de propriétaire. L'acquéreur, suivant l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7, ne pouvait devenir propriétaire que du jour de la transcription de son titre dans le registre du bureau des hypothèques; le cours de la prescription de l'hypothèque ne pouvait donc commencer pour lui qu'à partir du même jour.

Le Code civil a changé celle du 11 brumaire dans ce point.

La transmission de la propriété n'est point suspendue jusqu'à la transcription; elle s'opère par le contrat d'aliénation, et la transcription, purement facultative, ne devient nécessaire qu'au moment où l'acquéreur veut purger l'immeuble acquis, des hypothèques dont il est grévé;

Il semblerait, d'après cela, que le cours de la prescription dût partir du jour de l'acquisition pour acquérir la libération de l'hypothèque, tout comme elle part de ce jour, lorsqu'il s'agit de prescrire la propriété: mais la disposition est positive, et l'on doit s'y conformer sans s'occuper des motifs qui ont pu déterminer le législateur. Il en résultera que le tiers-détenteur qui n'aura pas fait transcrire son titre, ne jouira pas de l'avantage des prescriptions abrégées, et qu'il n'accomplira la sienne que par une possession continue de trente ans, qui n'a besoin d'être accompagnée ni de titre ni de bonne foi, et qui efface tous les vices.

4° La prescription des hypothèques est sujette aux mêmes interruptions que la prescription de la propriété. L'art. 2180, déjà cité, nous avertit que les inscriptions prises par le créancier, n'interrompent pas le cours de la prescription établie par la loi en faveur du débiteur ou du tiers-détenteur. En général, l'interruption ne s'opère que par la privation de la possession, ou par la notification du droit étranger donné personnellement au possesseur. L'inscription de la part du créancier n'opère ni l'un ni l'autre; et c'est sans doute par ce motif que le législateur lui a refusé l'effet d'interrompre la prescription.

[[Mais l'inscription qui a été prise sous la loi du 11 brumaire an 7, contre un tiers qui, ayant acquis avant cette loi, sans lettres de ratification, n'avait pas depuis fait transcrire son contrat, n'a-t-elle pas interrompu la prescription décennale qui, avant cette loi, avait commencé à courir au profit de l'acquéreur?

Cette question s'est présentée dans l'espèce suivante.

En septembre 1790, le sieur Thoux de Tillemont vend au sieur Dupré de Saint-Maur, une maison située à Paris, sur laquelle la demoiselle Bernard a hypothèque pour une rente de 4600 livres.

L'acquéreur, qui n'a aucune connaissance de cette hypothèque, ne prend point de lettres de ratification sur son contrat.

En 1793, son héritier revend la maison au sieur du Colombier, qui néglige également la formalité des lettres de ratification.

Le 18 nivôse an 10, le sieur du Colombier la revend, à son tour, au sieur Bourcard.

Survient la loi du 11 brumaire an 7. Le sieur Bourcard fait transcrire son contrat.

La demoiselle Bernard, qui jusque-là n'a dirigé aucune action hypothécaire contre les tiers-détenteurs de la maison affectée à sa rente, prend, le 6 floréal de la même année, une inscription hypothécaire sur cette maison. Il est à remarquer qu'à cette époque, son action hypothécaire n'était pas encore prescrite; mais que déjà plus de huit ans s'étaient écoulés depuis la vente que son débiteur avait faite de son bien; et qu'ainsi, il ne fallait plus qu'un an et quatre mois pour compléter le cours de la prescription qu'elle avait à craindre.

Quelque temps après, les dix années étant accomplies, les créanciers de la succession du sieur Dupré de Saint-Maur poursuivent l'expropriation forcée de la maison; cette expropriation est prononcée et le procès-verbal de l'ordre du prix est ouvert; la demoiselle Bernard s'y présente et réclame sa collocation; on lui répond que son hypothèque est prescrite.

Elle réplique 1° que la possession des tiers-détenteurs ne peut être comptée utilement que pour les huit ans qui se sont écoulés entre la vente de 1790 et la publication de la loi du 11 brumaire an 7; qu'en effet, depuis cette dernière époque, nul titre de mutation n'a pu être opposé à des tiers, s'il n'a été transcrit; que c'était la disposition expresse de l'art. 26 de la loi citée; et que d'ailleurs l'art. 2180 du Code civil déclare expressément que, dans tous les cas où la prescription de l'hypothèque, de la part du tiers-détenteur, suppose un titre, *elle ne commence à courir que du jour où il a été transcrit sur le registre du conservateur;* 2° qu'en tout cas, elle a interrompu la prescription de dix ans, par l'inscription qu'elle a prise dans le cours de la huitième année.

On oppose à la première de ces objections,

que l'art. 26 de la loi du 11 brumaire an 7 est étranger à une mutation qui remonte à l'année 1790 et était par elle-même translative de propriété ; et que la disposition de l'art. 2180 du Code civil est un droit nouveau que l'art. 2281 du même Code déclare inapplicable aux prescriptions commencées sous les anciennes lois.

Quant à la seconde objection, on l'écarte en disant qu'une inscription hypothécaire n'étant pas un acte de poursuite judiciaire, elle ne pouvait pas plus, sous la loi du 13 brumaire an 7, qu'elle ne peut, sous le Code civil, interrompre la prescription.

Le 6 décembre 1806, jugement du tribunal de première instance du département de la Seine, qui déclare l'hypothèque de la demoiselle Besnard non prescrite, et la colloque à son rang d'ancienneté,

« Attendu que, sous le régime de l'édit de 1771, le tiers-détenteur avait la faculté d'attendre l'affranchissement des hypothèques inconnues, du secours de la prescription, lorsqu'il ne voulait pas prendre des lettres de ratification ; mais que la loi du 11 brumaire an 7, en introduisant un nouveau mode de purger les hypothèques et de les conserver, d'un côté, a soumis les acquéreurs à la formalité indispensable de la transcription de leur contrat de vente ; de l'autre, a obligé les créanciers à prendre inscription sur l'immeuble vendu, pour la conservation de leurs hypothèques ; d'où résulte que la prescription n'a pu avoir lieu contre les créanciers inscrits, et que l'inscription en a arrêté le cours ; ce qui est confirmé par l'art. 23 de la loi qui attribue à l'inscription l'effet de conserver l'hypothèque pendant dix années ;

» Qu'aux termes de l'art. 54, les possesseurs d'immeubles qui n'avaient pas, au moment de la publication de la loi, accompli les formalités nécessaires pour consolider leur propriété et en purger les charges et hypothèques, devaient y suppléer par la transcription de leur acte de mutation ; en sorte que, si alors l'acquéreur n'avait point encore affranchi son immeuble des hypothèques dont il était grevé, soit par des lettres de ratification, soit par une jouissance paisible de dix années complètes, il a été obligé de faire transcrire ; et à défaut de transcription, les hypothèques ont subsisté ;

» Qu'en fait, le sieur Thoulx de Tillemont, débiteur de la demoiselle Besnard, a vendu la maison rue Bergère, affectée à l'hypothèque de sa créance, au mois de septembre 1790 ; que la demoiselle Besnard a pris inscription en floréal an 7, correspondant au mois de mai 1799 ; que les acquéreurs successifs n'ont purgé, ni par les lettres de ratification, ni par la transcription ; qu'ils n'avaient pas prescrit l'hypothèque de la demoiselle Besnard, qui subsistait sur la maison à la date de son inscription destinée à la conserver pendant dix années nouvelles ; qu'ainsi, à compter de ce moment, le cours de la prescription a cessé ».

Appel à la cour de Paris qui, par arrêt du 10 février 1808,

« Considérant qu'en principe, l'hypothèque est un droit réel qui suit l'immeuble hypothéqué, dans quelques mains qu'il passe successivement ; et adoptant au surplus les motifs des premiers juges,

» Met l'appellation au néant ».

Mais sur le recours en cassation des adversaires de la demoiselle Besnard, arrêt du 1er août 1810, au rapport de M. Rousseau, par lequel,

« Vu l'art. 114 de la coutume de Paris, l'art. 2281 du Code civil, et l'art. 49 de la loi du 11 brumaire an 6 ;

» Et attendu que le sieur Ducolombier, acquéreur du sieur Dupré de Saint-Maur, avait possédé pendant dix ans, à juste titre et de bonne foi, conformément à la coutume, sans être inquiété par aucune action ;

» Que cette prescription commencée longtemps avant la loi de brumaire an 7 et le Code civil, a dû, aux termes de l'article cité, se compléter et se régler suivant l'ancienne loi ;

» Que les nouvelles lois sur le régime hypothécaire ne portent aucune abrogation des lois antérieures relatives à l'extinction des hypothèques ; que l'art. 56 n'emportait dérogation qu'aux anciennes lois constitutives d'hypothèques, et à celles qui concernent le mode de consolider et de purger les hypothèques ;

» Que la loi de messidor an 3, art. 2009, disposait même textuellement que les hypothèques s'éteignaient par la prescription, et l'art. 228, que les lois et statuts concernant les prescriptions seraient exécutés ;

» Que le Code civil, disposant pour l'avenir, n'a modifié l'ancienne législation à cet égard, qu'en fixant le point de départ de la prescription du tiers détenteur, à compter seulement du jour de la transcription ;

» Mais que cette disposition constituant un droit nouveau, ne peut s'appliquer aux mutations antérieures ;

» Que, dans la coutume de Paris, et la presque généralité de la France, l'acte authentique de vente rendait la transmission de la propriété parfaite ; qu'ainsi, les acquéreurs n'avaient besoin d'aucune autre formalité pour la consolider ; qu'eux seuls pouvaient alors la grever, et que, dès-lors aussi, ils

avaient juste titre pour commencer et acquérir la prescription;

» Que, si l'art. 44 de la loi du 11 brumaire an 7 dispose que les possesseurs d'immeubles qui n'ont pas accompli toutes les formalités prescrites par les lois et usages antérieurs pour consolider leur propriété et en purger les charges et hypothèques, y suppléeront par la transcription de l'acte de mutation, cela ne peut signifier autre chose, sinon que, dans les pays où le simple contrat de vente, pour désapproprier le vendeur et transmettre l'immeuble à autrui, avait besoin d'être revêtu de certaines formes qu'on appelait *devoirs, œuvres de loi, déshéritance, adhéritance*, et autres en usage particulièrement dans les pays de nantissement, il fallait remplacer ces formalités par la transcription, afin de consolider sa propriété, et que cette transcription suppléerait aussi les autres formes qui n'étaient introduites que pour purger les hypothèques, telles que celles prescrites par l'édit de 1771;

» Qu'il est évident 1° que le législateur n'a pas entendu appliquer la nécessité de la transcription aux contrats qui étaient déjà revêtus de toutes les formes voulues par les anciennes lois, pour rendre accomplie la transmission de la propriété;

» 2° Qu'en substituant la transcription aux lettres de ratification que requéraient et obtenaient ceux qui voulaient purger d'hypothèques leur propriété quoique parfaite, ce mode resté purement facultatif de la part des acquéreurs anciens, comme il l'était sous le régime de l'édit de 1771, la loi n'ayant pas voulu rétroagir à cet égard;

» Qu'il suit de là que les acquéreurs du passé ont eu, comme ils l'avaient auparavant, la liberté de laisser écouler le temps nécessaire pour l'extinction, en restant, pendant tout le temps de la prescription, exposés aux actions hypothécaires des créanciers, ou de hâter le moment de leur tranquillité, en purgeant leurs contrats d'acquisition suivant les formes voulues par la loi;

» Que de même que, sous l'édit de 1771, les oppositions au sceau n'avaient pas la vertu d'interrompre la prescription du tiers-acquéreur qui ne purgeait pas et n'était pas inquiété par une demande en déclaration d'hypothèque, de même aussi la simple inscription n'a pu interrompre le cours de la prescription en faveur du tiers-détenteur; que cette maxime est même consacrée par l'art. 2180 du Code civil;

» Que, quoique l'inscription dure dix ans, elle ne peut avoir l'effet de proroger l'hypothèque au-delà de son existence légale; elle la conserve seulement dans l'effet qu'elle a eu pour le cas éventuel d'une transcription;

» Qu'autre chose est le mode de purger les hypothèques, autre chose est leur extinction par la prescription, qui n'est pas une formalité; en prenant celle nécessaire pour purger, l'on s'affranchit des hypothèques, mais en payant jusqu'à concurrence du prix de son contrat; par l'extinction résultante au contraire de la prescription, le tiers-détenteur repousse entièrement le créancier sans faire aucun paiement. Pour purger, il faut des formes; pour prescrire, il ne faut que laisser écouler le tems déterminé par la loi; les dispositions législatives qui régissent ces deux objets absolument distincts, ne doivent donc point être confondues et servir d'argument commun;

» Qu'enfin, s'il restait du doute sur l'obligation dans laquelle était la demoiselle Besnard d'intenter l'action hypothécaire pour interrompre la prescription du tiers-possesseur, il se trouve entièrement levé par la loi de brumaire, qui porte qu'il *n'est rien innové, sur les mutations antérieures aux droits et actions des créanciers, pour suivre l'immeuble dans les mains des tiers-détenteurs;* qu'en réservant cet ancien droit de suite et cette action d'hypothèque sur les immeubles grevés, aliénés avant la loi, elle a, par une conséquence forcée de justice et de raison, laissé aussi aux anciens acquéreurs les moyens et exceptions qui servaient de défenses à de pareilles actions et dans les termes et effets déterminés par l'ancienne législation; que la loi de brumaire n'ayant déclaré nulle part que la simple inscription serait une cause d'interruption civile de prescription, on ne peut en admettre d'autres que celles que consacrent les lois et la jurisprudence qui exigent l'action ou l'interpellation judiciaire;

» Qu'ainsi, la cour d'appel a contrevenu à l'art. 114 de la coutume de Paris et à l'art. 2281 du Code civil; qu'elle a faussement appliqué l'art. 44 de la loi du 11 brumaire an 7, et contrevenu encore à l'art. 49, en supposant que l'inscription était la seule voie réservée aux créanciers contre les anciens possesseurs;

» La cour casse et annulle.... ».]]

IX. Nous avons expliqué succinctement les divers cas où il y a lieu à la Radiation : nous allons voir comment elle s'opère.

Nous ne trouverons pas textuellement, dans le Code, la formule de la Radiation; mais nous l'induirons de quelques-unes de ses dispositions.

Ceux qui requièrent la Radiation, dit l'art. 2158, déposent au bureau du conserva-

leur l'expédition de l'acte authentique portant consentement, ou celle du jugement.

Dans ce peu de paroles sont renfermées plusieurs conditions.

1° Il faut que le consentement du créancier à la Radiation soit consigné dans un acte authentique, ou bien, a défaut du consentement, que la Radiation soit ordonnée par un jugement solennel.

2° Le conservateur doit juger, à la vue de l'expédition en forme de l'acte authentique portant consentement, si la personne qui le donne, est bien identiquement celle du créancier désigné dans l'inscription, ou d'un autre ayant pouvoir de consentir en son nom; il y démêlera, autant qu'il sera possible, si le créancier qui aura donné son consentement, a capacité à cet effet; en telle sorte que, s'il lui apparaissait, par l'acte même, qu'un mineur de vingt et un ans, sans assistance de tuteur ou de curateur, ou une femme mariée, sans l'autorisation de son mari, donnent leur consentement à la Radiation, il ne pourrait pas se contenter de cet acte, qui ne remplirait pas le vœu de la loi.

D'après les mêmes motifs, le conservateur, lorsque la Radiation est ordonnée par un jugement, doit examiner si ce jugement est en dernier ressort, ou a passé en force de chose jugée. Le jugement sera visiblement en dernier ressort, s'il est émané d'une cour d'appel ou d'un tribunal de première instance, mais dans les bornes de la compétence qui lui est attribuée pour juger en premier et dernier ressort. Le jugement rendu par un tribunal de première instance à la charge d'appel, n'est passé en force de chose jugée que lorsque tous les délais de l'opposition et de l'appel sont écoulés, sans que les parties intéressées aient fait ni l'un ni l'autre.

Ainsi, il ne suffira pas que le conservateur reconnaisse que le jugement qu'on lui présente est rendu en dernier ressort, ou que les délais de l'opposition ou de l'appel sont écoulés; il faudra qu'il s'assure encore que la partie, au préjudice de laquelle doit tourner la Radiation ordonnée, ne s'est pourvue, ni par la voie de l'appel, lorsqu'il s'agira d'un jugement qui y est sujet, ni par celle de l'opposition, lorsqu'il s'agira d'un jugement quelconque. C'est ce qui résulte des art. 548, 549 et 550 du Code de procédure civile.

Les deux premiers veulent qu'un jugement qui ordonne une Radiation d'inscription hypothécaire, un paiement, ou quelque autre chose à faire par un tiers, ou à sa charge, ne soient exécutoires par les tiers, ou contre eux, même après les délais de l'opposition ou de l'appel, que sur le certificat de l'avoué de la partie poursuivante, contenant la date de la signification du jugement faite au domicile de la partie condamnée, et sur l'attestation du greffier constatant, sur la foi du registre destiné à recevoir la mention des appels, qu'il n'existe contre le jugement ni opposition, ni appel.

Le dernier, mieux adapté encore au sujet que nous traitons, porte que, sur le certificat qu'il n'existe aucune opposition ni appel sur le registre destiné à les recevoir, les séquestres, *conservateur*, et tous autres, seront tenus de satisfaire au jugement; ce qui laisse entrevoir assez clairement que le conservateur ne devrait pas faire la Radiation sur la foi d'un simple jugement représenté par la partie, si elle ne lui présentait, en même temps, le certificat mentionné dans cet article.

3° Celui qui requiert la Radiation, doit déposer l'acte sur lequel il la fonde, au bureau du conservateur.

Il ne suffit pas, comme pour l'inscription, de représenter le titre pour le retirer ensuite; il faut que le titre de la libération soit déposé entre les mains du conservateur, et qu'il y reste comme un garant de la régularité de la Radiation. Cette nécessité dérive de la différence des expressions employées par le Code pour les deux cas.

Lorsqu'il s'agit d'une inscription, l'art. 2148 prescrit au créancier de *représenter* l'original ou une expédition authentique du titre de créance, et l'art. 2150 veut que le conservateur, après avoir fait mention sur son registre du contenu aux bordereaux, remette au créancier requérant le titre représenté.

Au contraire, lorsqu'il s'agit de Radiation, l'art. 2158 que nous expliquons, veut que le requérant *dépose* au bureau du conservateur expédition du titre authentique qu'il invoque; et nulle part on ne trouve que cet acte déposé doive être remis à la partie requérante. Quand la loi ordonne, d'un côté, la représentation et la remise du titre; et qu'elle prescrit, de l'autre, le dépôt du titre, sans parler du retirement, on ne peut douter que chacune de ces deux dispositions n'ait un but et une issue bien différente.

4° Notre article ne règle pas la forme dans laquelle le conservateur doit faire la Radiation; l'art. 2203 ne supplée que très-imparfaitement à cette omission; il porte que « *les mentions* » *de dépôts*, les inscriptions et transcriptions, » sont faites sur les registres de suite, sans » aucun blanc et interligne, à peine.... ».

Si cette expression, *mention de dépôts*, était prise isolément, elle pourrait se référer

au dépôt du titre fait pour obtenir une Radiation. Cependant, lorsque l'on considère attentivement les articles précédens, le 2199e et le 2200e, on aperçoit aisément que le législateur a eu une autre vue.

En effet, l'art. 2199, en parlant de la célérité et de l'exactitude que les conservateurs doivent apporter dans les actes de leur ministère, ne rappelle que la transcription, l'inscription et la délivrance du certificat requis. Il garde un silence absolu sur les Radiations, ainsi que l'article suivant, qui prescrit aux conservateurs d'avoir un registre sur lequel ils inscriront les remises qui leur seront faites d'actes de mutation pour être transcrits, ou de bordereaux pour être inscrits; en telle sorte que la *mention de dépôt* énoncée dans l'art. 2203, se rapporte bien plus naturellement aux remises et dépôts d'actes faits pour obtenir la transcription ou l'inscription, qu'au dépôt des titres nécessaires pour opérer la Radiation. Aussi, dans l'usage, les conservateurs ne couchent-ils les Radiations, ni dans un registre particulier affecté à cette partie, ni dans les cases successives du registre des inscriptions. Ils se contentent d'écrire en marge de l'inscription à rayer, qu'elle l'a été en vertu d'un tel jugement dont les extraits sont déposés dans leurs mains; et ils ajoutent un signe qui indique l'intégrité de la Radiation, lorsque l'hypothèque entière est rayée.

Si la radiation n'est que partielle, ce qui arrive lorsqu'elle ne doit porter que sur quelques-uns des immeubles soumis à l'hypothèque et compris dans l'inscription, ils expriment dans la note marginale que la Radiation ne se réfère qu'à tels et tels immeubles; et l'inscription subsiste pour les autres immeubles qui ne sont pas affranchis de l'hypothèque.

X. L'art. 2159 est ainsi conçu :

« La Radiation non consentie est demandée au tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, si ce n'est lorsque cette inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée, sur l'exécution ou liquidation de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance, ou doivent être jugés dans un autre tribunal; auquel cas la demande en Radiation doit y être portée ou renvoyée.

» Cependant la convention faite par le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande à un tribunal qu'ils auraient désigné, recevra son exécution entre eux ».

L'hypothèque est un droit réel qui participe de la nature de l'immeuble sur lequel elle est assise. De là découle cette règle générale, que les actes conservatoires ou contentieux, auxquels elles donnent lieu, doivent être faits dans l'administration publique du lieu où sont situés les immeubles hypothéqués.

Ainsi l'art. 2146 a dit que les inscriptions se font au bureau de conservation des hypothèques dans l'arrondissement duquel sont situés les biens soumis au privilége ou à l'hypothèque.

L'art. 2148, n° 1, exige que l'inscrivant fasse élection de domicile dans un lieu quelconque de l'arrondissement du bureau, et cet arrondissement est le même que celui du tribunal de première instance établi dans le même lieu.

L'art. 2156 veut que *les actions* auxquelles les inscriptions peuvent donner lieu contre les créanciers, soient intentées devant le tribunal compétent, par exploits faits à leur personne ou au dernier des domiciles élus sur le registre du conservateur; ce qui indique qu'en règle générale, le tribunal compétent est celui dont le ressort s'identifie avec l'arrondissement du bureau où l'inscription a dû être faite.

Lorsqu'un tiers-détenteur, poursuivi pour des hypothèques non purgées, préfère de délaisser l'immeuble hypothéqué, le délaissement doit se faire, suivant l'art. 2174, au greffe du tribunal de la situation des biens.

Le tiers-possesseur, qui veut purger des hypothèques légales non inscrites et appartenantes à des femmes ou à des mineurs, doit, d'après l'art. 2194, déposer copie collationnée du contrat translatif de propriété au greffe du tribunal civil du lieu de la situation des biens.

Et enfin, l'art. 2210 porte que la vente forcée des biens situés dans différens arrondissemens, doit être suivie devant le tribunal dans le ressort duquel se trouve le chef-lieu de l'exploitation, ainsi que le règlement de l'ordre qui n'est que le complément des procédures de la saisie.

L'action en Radiation et en réduction est soumise aux mêmes règles de compétence. Elle doit être portée devant le tribunal dans le ressort duquel l'inscription a été faite, ou, ce qui est la même chose, devant le tribunal dans le ressort duquel est situé l'immeuble soumis à l'hypothèque dont on demande la Radiation ou la réduction. Cette règle de compétence est établie par l'art. 2159, à l'égard des Radiations; et par l'art. 2161, à l'égard des réductions. Elle n'admet que deux exceptions.

La première s'applique au cas où l'inscription a eu lieu pour sûreté d'une condamnation éventuelle ou indéterminée sur l'exécution de laquelle le débiteur et le créancier prétendu sont en instance, ou doivent être jugés dans un autre tribunal; dans ce cas, la demande en Radiation doit être portée ou renvoyée devant ce même tribunal.

La seconde exception, fondée sur l'art. 2159 du Code civil, a lieu lorsqu'il y a convention entre le créancier et le débiteur, de porter, en cas de contestation, la demande devant un tribunal désigné. Cette convention doit être exécutée entre les deux contractans seulement.

La seconde exception est clairement énoncée : la première l'est aussi; mais il faut un peu plus d'attention pour la circonscrire dans les bornes qui lui sont assignées. Voici les conditions nécessaires pour en déterminer l'application.

1° L'hypothèque et l'inscription prises en conséquence, doivent dériver d'un jugement. Si l'inscription avait pour cause une hypothèque légale ou conventionnelle, la demande en Radiation ou en réduction ne pourrait être portée que devant le tribunal du lieu où cette inscription se trouverait faite.

2° Il faut que le jugement qui a donné lieu à l'inscription, ait prononcé une condamnation éventuelle ou indéterminée. S'il avait condamné purement et simplement le débiteur à payer sans délai ou à un terme certain, une somme liquidée, l'inscription prise par le créancier, ne pourrait être débattue, dans l'objet d'une Radiation ou d'une réduction, que devant le tribunal dans le ressort duquel l'immeuble hypothéqué est situé; ce qui est conforme à la disposition de l'art. 472 du Code de procédure civile, qui veut que les tribunaux en général connaissent de l'exécution des jugemens qu'ils ont rendus, mais qui excepte les cas dans lesquels la loi attribue une juridiction différente.

3° Il faut que les parties soient en instance, sur l'exécution ou la liquidation de la condamnation devant le tribunal qui l'a prononcée, ou que du moins les contestations sur l'exécution de la liquidation, doivent être jugées par ce même tribunal. Ainsi, supposons que le tribunal de Paris ait condamné une partie à payer à l'autre une somme déterminée dans l'événement d'une condition casuelle ou bien qu'il l'ait condamnée à des dommages et intérêts non liquidés, et qu'en vertu de ces condamnations, il ait été pris des inscriptions sur les biens du débiteur situés dans le ressort du tribunal d'Orléans; le débiteur qui voudra demander la Radiation ou la réduction de ces inscriptions, devra former sa demande devant le tribunal de Paris, s'il est en instance devant ce tribunal sur l'accomplissement de la condition ou sur la liquidation des dommages. Il devrait la former encore devant le tribunal de Paris, quand bien même l'instance, sur l'accomplissement de la condition ou sur la liquidation des dommages, n'y serait pas encore engagée, si, d'après les règles de compétence, elle devait y être portée.

La réunion seule de toutes ces conditions peut déterminer l'attribution des demandes en Radiation ou en réduction à un tribunal autre que celui où sont situés les biens hypothéqués. Et si l'on veut pénétrer le motif de cette exception, on le trouvera en ce que, dans le cas prévu, la demande en Radiation ou en réduction formée par le débiteur contre le créancier, doit avoir des liens intimes avec les contestations sur l'accomplissement de la condition ou sur la liquidation de la dette, et qu'il serait inutile et frustratoire de séparer les deux causes pour les faire juger par des tribunaux différens.

[[*V.* l'arrêt du 25 novembre 1812, rapporté ci-devant, n° 3.]]

XI. Il nous reste à voir par qui peut être formée la demande en Radiation.

Cette demande, lorsqu'elle est formée isolément, émane ordinairement du débiteur, qui est seul intéressé à effacer une hypothèque qui altère ou diminue son crédit.

Elle peut aussi être intentée isolément par l'acquéreur de l'immeuble frappé de l'inscription hypothécaire, attendu qu'il est subrogé en cela au droit du vendeur, et qu'il a le même intérêt à faire disparaître les traces d'une hypothèque qui n'a jamais eu de réalité ou qui a cessé d'exister.

Un créancier ne pourrait, par suite du même principe, demander séparément la Radiation d'une inscription faite par un autre créancier du même débiteur. Il ne le pourra que lorsque, se trouvant en concours avec d'autres créanciers de ce même débiteur, pour faire régler l'ordre et la distribution du prix des biens hypothéqués, une inscription étrangère se trouvera placée mal à propos dans un rang qui le grèverait. Alors il pourra demander de son chef la Radiation ou plutôt l'annullation de l'inscription, non-seulement dans les cas prévus par cet article, mais encore dans celui où l'inscription pécherait par quelque vice de pure forme qui entraînerait la nullité.

[[La demande en Radiation peut aussi être formée par l'acquéreur contre le vendeur, à l'effet d'obliger celui-ci de rapporter main-levée des inscriptions existantes sur le bien qu'il a vendu, et desquelles il n'a pas chargé celui-là.

Voici une espèce qui s'est présentée à ce sujet, sous la loi du 11 brumaire an 7, et qui peut se reproduire encore sous le Code civil.

Le 22 floréal an 11, contrat notarié par le-

quel les sieur et dame Lefèbvre vendent au sieur Roux diverses propriétés rurales. Le prix de la vente est payé comptant; mais il est stipulé « que, si, lors de la transcription, il » se trouvait des inscriptions sur les ven» deurs, ceux-ci seraient tenus de les faire » lever et d'en rapporter main-levée, et cer» tificats de Radiation à leurs frais, dans la » quinzaine au plus tard, après la notification » qui leur en serait faite ».

Le 1er jour complémentaire suivant, l'acquéreur fait transcrire son contrat; et le conservateur lui délivre un certificat constatant qu'il existe vingt et une inscriptions sur les biens vendus.

Il dénonce son contrat à chacun des créanciers inscrits, et somme les vendeurs de lui rapporter main-levée des vingt et une inscriptions.

Les sieur et dame Lefèbvre soutiennent que ces inscriptions ne frappent pas identiquement sur eux; et, qu'en conséquence, le sieur Roux ne peut avoir de recours que contre le conservateur.

La contestation s'engage entre ces vendeurs, l'acquéreur et le conservateur, devant le tribunal civil de Bauvais, qui, d'après les débats des parties, condamne les vendeurs à rapporter main-levée ou Radiation des inscriptions, et décharge le conservateur de toute demande.

Sur l'appel, les vendeurs persistent à soutenir que les vingt et une inscriptions ne frappent pas sur eux, et qu'on ne peut pas les forcer à faire lever des inscriptions qui leur sont étrangères.

De son côté, l'acquéreur oppose le certificat du conservateur, dont on ne conteste ni la régularité ni l'authenticité; et en conclut que c'est contre les vendeurs que doivent être censées prises les inscriptions dont il s'agit.

Par arrêt du 24 mai 1806,

« Considérant que les vendeurs ont toujours soutenu, dès le principe, que les inscriptions énoncées dans le certificat du conservateur, ne frappaient point sur eux; qu'elles présentent bien identité de noms, mais différence quant aux professions et domiciles; que l'acquéreur même a plus que des doutes que ces inscriptions ne frappent pas réellement sur eux, en persistant néanmoins dans sa demande en rapport de la main-levée ou Radiation; que l'acquéreur, comme demandeur, est dans la nécessité légale de *prouver le fait positif et affirmatif de sa demande, dénié formellement par les défendeurs*, ceux-ci n'ayant entendu procurer que la main-levée des inscriptions qui les concerneraient réellement;

» La cour (d'appel d'Amiens) ordonne, avant dire droit, que l'acquéreur rapportera, dans le mois, la preuve, soit par la mise en cause des créanciers dénommés dans le certificat du conservateur, soit de telle autre manière que bon lui semblera, que les inscriptions énoncées dans ce certificat, frappent réellement sur les vendeurs ».

En exécution de cet arrêt, l'acquéreur met en cause les créanciers inscrits; et tous déclarent n'avoir rien à prétendre sur les vendeurs ni sur les biens vendus.

En conséquence, le 30 juillet suivant, arrêt définitif qui infirme le jugement de 1re instance.

Le sieur Roux se pourvoit en cassation contre ces deux arrêts; et le 3 janvier 1809, au rapport de M. Siéyes,

« Vu la loi du 11 brumaire an 7, sur les hypothèques et expropriations, art. 3, 14, 26, 28, 30, 31 et 32;

» Attendu qu'il résulte des dispositions ci-dessus, que le législateur a réglé et déterminé, d'une manière précise, les formalités et les conditions à remplir par l'acquéreur qui veut consolider et purger l'immeuble par lui acquis, des charges qui pourraient le grever; que Paul Roux s'y était conformé, en faisant transcrire son acte, et en faisant, dans le délai requis, les notifications prescrites aux créanciers inscrits sur les vendeurs et les biens vendus, en conformité du contenu en l'état délivré par le conservateur; que la loi n'avait pas soumis l'acquéreur à discuter le mérite desdites inscriptions; et que néanmoins l'arrêt préparatoire, en le soumettant à rapporter la preuve qu'elles frappaient réellement sur ses vendeurs et les biens vendus, a ajouté à la loi; qu'il a commis un excès de pouvoir; qu'il a substitué un nouveau mode pour purger les hypothèques, à celui établi dans ces lois et dans celle postérieure du Code civil;

» Par ces motifs et pour violation des articles ci-dessus, la cour casse et annulle l'arrêt préparatoire rendu par la cour d'appel d'Amiens, le 24 mai 1806; casse par suite l'arrêt définitif, du 30 juillet de la même année, rendu par ladite cour ».]]

XII. Nous avons vu dans ce qui précède, comment la demande en Radiation proprement dite doit être distinguée d'une demande en nullité pour vice de forme dans l'inscription, dans quel cas la Radiation doit avoir lieu, par qui la demande peut en être formée, devant quel tribunal elle doit être portée, et comment la Radiation s'opère : nous allons

voir sous les articles suivans comment s'opère la réduction.

« Toutes les fois (dit l'art. 2161) que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présens ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différens qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions, ou en Radiation d'une partie, en ce qui excède la proportion convenable, est ouverte au débiteur.

» On y suit les règles de compétence établies dans l'art. 2165.

» La disposition du présent article ne s'applique pas aux hypothèques conventionnelles».

La réduction n'est autre chose que la Radiation d'une partie de l'inscription, ainsi qu'il est dit dans cet article; de là dérivent toutes les conséquences suivantes.

La réduction peut être consentie par les parties intéressées et ayant capacité, tout comme la Radiation. La réduction librement consentie peut s'appliquer à toute sorte d'inscriptions, quelle que soit la nature de l'hypothèque qui y a donné lieu. Le consentement doit être consigné dans un acte authentique; et la réduction est opérée sur le registre, par le conservateur, dans les mêmes formes, et après les mêmes préalables qui sont prescrits pour la Radiation.

Si la réduction n'est pas accordée spontanément, elle peut être réclamée, et la demande doit être portée devant les mêmes tribunaux qui auraient droit de connaître de la Radiation. Mais alors le droit de réclamer n'appartient qu'au débiteur seul : la réduction ne peut être demandée que par une seule cause, et elle ne peut l'être que dans certains cas.

L'action en réduction est ouverte au débiteur, dit notre texte; elle est par conséquent fermée à tout autre : et en effet, nul autre que le débiteur ne peut avoir intérêt à la demander ou à l'obtenir.

L'acquéreur d'un immeuble d'une grande valeur, hypothéqué pour une mince créance, peut purger l'hypothèque. Pourquoi n'userait-il pas de ce moyen qui lui est ouvert? Et pourquoi lui permettrait-on de demander directement la réduction, si le débiteur son vendeur ne lui en avait expressément transporté le droit?

Les créanciers du débiteur sont encore dans une position plus défavorable pour faire cette demande. Que leur importe, en effet, que l'hypothèque établie pour la sûreté d'une modique créance, s'étende sur un domaine d'une grande valeur? Leur hypothèque pourra être superposée sur le même domaine, et elle n'en sera pas moins bien établie, si le produit de la vente du domaine peut suffire pour acquitter la créance modique et la leur. Ils peuvent donc attendre le moment de la vente, si elle devient nécessaire, et ils recouvreront alors leur créance, sans troubler, dans l'intervalle, le créancier modique et le débiteur, par des actions purement frustratoires.

Nous verrons aux mots *Saisie immobilière*, quelle doit être l'issue des ventes forcées et des distributions auxquelles concourent plusieurs créanciers dont les uns ont une hypothèque générale, et les autres des hypothèques spéciales.

La demande en réduction ne peut être fondée que sur une seule cause, c'est-à-dire, sur disproportion entre la valeur excessive des domaines hypothéqués, et la modicité de la créance pour la sûreté de laquelle l'hypothèque a été établie.

Les articles du Code civil qui suivent le 2161e, règlent très-clairement les moyens de constater cette disproportion; mais, avant de les expliquer, ils convient de rechercher quels sont les cas où l'excès de l'inscription peut donner lieu à la réduction, et quels sont ceux où la disproportion, quoique bien constatée, ne peut néanmoins opérer cet effet.

Toutes les fois, dit notre article, que les inscriptions prises par un créancier qui, d'après la loi, aurait droit d'en prendre sur les biens présens ou sur les biens à venir d'un débiteur, sans limitation convenue, seront portées sur plus de domaines différens qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances, l'action en réduction des inscriptions est ouverte au débiteur.

On voit par là que les inscriptions réductibles sont celles qui ont été prises en vertu d'une hypothèque générale embrassant les biens présens et à venir du débiteur.

On doit mettre dans ce rang les hypothèques légales des femmes, des mineurs et des interdits sur les biens des maris ou des tuteurs. Les art. 2140 et suivans nous ont appris comment la réduction de ces sortes d'hypothèques peut s'opérer, soit dans leur principe, soit dans leur établissement. *V.* l'article *Inscription hypothécaire*, sect. 3, §. 3, nos 18 et suivans.

On doit mettre dans le même rang, l'hypothèque légale de l'Etat et des établissemens publics sur les biens des comptables, qui, d'après l'art. 2122, peut s'exercer sur tous les immeubles appartenans au débiteur, et sur ceux qui pourront lui appartenir dans la suite.

Dans ce même rang, sont encore les hypo-

thèques judiciaires, qui, suivant l'art. 2123, peuvent s'exercer sur les immeubles actuels du débiteur et sur ceux qu'il pourra acquérir.

L'on doit comprendre dans la même cathégorie, l'hypothèque conventionnelle dans le cas où, conformément à l'art. 2130, le débiteur, en reconnaissant l'insuffisance de ses biens présens et libres, consent que chacun des biens qu'il acquerra par la suite, demeure affecté à l'hypothèque, à mesure des acquisitions.

Enfin, on doit y comprendre aussi les créances antérieures au régime nouveau, qui, d'après les lois anciennes, emportaient une hypothèque générale sur tous les biens présens et à venir.

Dans tous ces cas, le créancier peut prendre indéfiniment des inscriptions sur les biens que le débiteur possédait lors de l'obligation et sur ceux qu'il a acquis postérieurement. Et lorsqu'il en a pris sur plus de domaines qu'il n'est nécessaire à la sûreté de sa créance, l'inscription peut être réduite.

XIII. L'art. 2163, qui énonce encore un autre cas, présente des doutes difficiles à éclaircir. Cet article est ainsi conçu : « Peuvent aussi être réduites comme excessives, » les inscriptions prises d'après l'évaluation » faite par le créancier, des créances qui, en ce » qui concerne l'hypothèque à établir pour » leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention, et qui, par leur nature, sont conditionnelles, éventuelles ou indéterminées ».

On voit dans l'art. 2132, qu'une créance conditionnelle pour son existence, ou indéterminée dans sa valeur, peut faire l'objet d'une hypothèque conventionnelle. Mais la stipulation de cette hypothèque conventionnelle n'en est pas moins soumise à la règle générale établie par l'art. 2129, qui n'admet, comme valable, d'hypothèque conventionnelle, que celle qui déclare spécialement la nature et la situation de chacun des immeubles actuellement appartenant au débiteur, sur lesquels il consent l'hypothèque de la créance ; en telle sorte que la créance seule est indéterminée, soit pour son existence, soit pour sa valeur ; mais que l'immeuble hypothéqué pour la sûreté de cette créance, est et doit être spécialement désigné et déterminé.

Maintenant on pourra se demander 1° si la réduction autorisée par l'art. 2163, s'applique indistinctement à toutes les hypothèques établies pour sûreté d'une créance conditionnelle ou indéterminée, quelle que soit la source de l'hypothèque ; ou bien si l'on ne doit pas en excepter les hypothèques conventionnelles stipulées pour la sûreté de créances de cette nature.

Nous consultons vainement sur cette question les discussions du conseil d'état et du tribunat, ainsi que les orateurs de ces deux corps qui ont développé, à la tribune du corps législatif, les motifs de la loi. Les discussions sont muettes. L'orateur du gouvernement n'est nullement descendu dans ce détail. L'orateur du tribunat, dans son discours (tome 7, pages 107 et 108 de l'édition de Firmin Didot), ne considère la réduction que relativement aux hypothèques judiciaires ; et il ne met pas même en question s'il est des cas où la réduction puisse s'appliquer aux hypothèques conventionnelles.

Nous pensons que la manière de voir de l'orateur du tribunat, est la seule conforme aux principes, et que les inscriptions prises pour sûreté de créances conditionnelles ou indéterminées, ne sont susceptibles de réduction qu'autant que l'hypothèque attachée à ces créances, est de nature à embrasser la généralité des biens présens et à venir du débiteur. Les hypothèques de cette nature sont celles que nous avons analysées plus haut. Mais, si une obligation conditionnelle ou indéterminée avait été consentie par une convention, avec établissement d'une hypothèque spéciale sur un fonds certain et déterminé, la réduction ne pourrait jamais atteindre l'inscription prise en vertu de cette hypothèque. L'art. 2161, que nous expliquons, excepte de la réductibilité les hypothèques conventionnelles, sans aucune espèce de restriction. Et l'on ne peut supposer que, par la disposition de l'art. 2163, le législateur ait voulu déroger à cette règle absolue et aux principes qui veulent que la convention soit la loi des contractans. Bien loin de là, ce dernier article confirme la règle en termes exprès : il n'admet la possibilité de la réduction qu'à l'égard des inscriptions prises d'après l'évaluation faite par le créancier des créances qui, *en ce qui concerne l'hypothèque à établir pour leur sûreté, n'ont pas été réglées par la convention;* ce qui signifie, en d'autres termes, que la réductibilité cesse lorsque l'hypothèque a été spécialement établie, par la convention, sur un immeuble certain et déterminé.

Il est donc démontré que les créances conditionnelles ou indéterminées et les créances pures et déterminées, sont soumises sans distinction à une règle commune, pour ce qui concerne la réductibilité des hypothèques qui les accompagnent, et que les inscriptions

prises, soit à raison des unes, soit à raison des autres, ne sont susceptibles de réduction qu'autant que l'hypothèque est de nature à embrasser la généralité des biens du débiteur. Il est démontré, en un mot, que c'est l'indétermination seule des immeubles soumis à l'hypothèque, et non l'indétermination de la créance, qui fait la base de la réductibilité.

Si le législateur les a rangées en deux classes, ce n'est que pour différencier les bases d'après lesquelles l'excès de l'inscription doit être mesuré dans les deux cas, ainsi que nous l'expliquerons plus bas.

XIV. L'art. 2161 dit que l'action en réduction est ouverte, lorsque les inscriptions sont portées sur plus de *domaines différens* qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances. L'article suivant s'exprime aussi de cette manière: *Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent* SUR PLUSIEURS DOMAINES.

On doit nécessairement induire de là qu'une inscription ne peut jamais être réputée excessive, ni par conséquent sujette à réduction, qu'autant qu'elle frappe sur plusieurs domaines différens. Mais qu'entendra-t-on par *domaine?* Appliquera-t-on ce nom à une collection de biens distincte et séparée, régie par une ou plusieurs exploitations, et qui forment un corps de propriété sous une seule dénomination? Ou bien donnera-t-on le nom de *domaine* à tout immeuble présentant une superficie homogène, et qui est entouré, soit de propriétés étrangères, soit d'immeubles appartenant au même propriétaire, mais présentant une superficie différente? En d'autres termes, le législateur a-t-il voulu désigner sous le nom de *domaine*, un corps de biens composé d'une maison rustique, de jardin, de bois, de pieds de vignes, de champs contigus ou séparés? Ou bien a-t-il voulu désigner, sous ce nom, chacun des bois, des vignes, des prés, des champs, dont la réunion compose une propriété désignée sous un nom collectif?

La première acception est la plus usitée dans le langage vulgaire. Cependant, il paraît bien difficile de se persuader qu'elle soit entrée dans la pensée du législateur, lorsqu'il a fait la disposition dont nous parlons. Il aurait manqué totalement son but. L'évaluation des créances indéterminées est abandonnée à la volonté du créancier. Le législateur n'a pu souffrir que le créancier abusât de cette facilité pour étendre son hypothèque sur plus de biens qu'il ne serait nécessaire pour la sûreté de sa créance: il a voulu que la valeur de biens frappés d'hypothèque, fût dans une proportion convenable avec la valeur approximative de la créance: et si l'on donnait au mot *domaine* toute la latitude qu'il comporte, le porteur d'une créance qui, quoique indéterminée, ne pourrait excéder 1000 francs, aurait la faculté de grever d'hypothèque, pour sûreté de cette chétive créance, un domaine composé de maison de maître, de maison rustique, de bois, et de vingt fermes, et dont la valeur excéderait un million, sans qu'il fût possible de la restreindre dans de plus justes bornes, attendu que la réunion de ces biens ne formerait qu'un seul domaine.

L'objet du législateur ne se trouverait pas mieux rempli, quand on supposerait qu'il a entendu resserrer le nom de *domaine* dans un corps de biens soumis à une seule et même exploitation, et se mettre ainsi en harmonie avec l'art. 2211 du Code civil, qui veut que, si les biens hypothéqués au créancier, et les biens non hypothéqués, ou les biens situés dans les divers arrondissemens font partie d'une seule et même exploitation, la vente des uns et des autres soit poursuivie ensemble, si le débiteur le requiert.

Le corps de ferme pourrait valoir 100,000 francs. La disproportion serait moindre à la vérité, mais elle serait encore énorme. D'un autre côté, l'analogie supposée entre l'art. 2161 et l'art. 2211, pourrait avoir quelque réalité, si un corps de biens formant une seule et même exploitation, devait nécessairement être exposé en vente tout entier. Alors on pourrait dire que l'inscription prise sur un seul corps de ferme, est déclarée exempte de réduction, quelque modique que soit la créance hypothécaire, parceque le créancier, forcé d'en venir à l'expropriation, ne pourrait pas provoquer la vente d'une partie quelconque des biens composant la ferme, et qu'il serait obligé de poursuivre la vente de la ferme tout entière.

Mais il n'en est pas ainsi. Un créancier peut s'inscrire sur un immeuble formant partie d'un corps d'exploitation, et poursuivre la vente forcée de cet immeuble isolé. Il n'est obligé d'étendre les poursuites sur la totalité des biens composant la ferme, qu'autant que le débiteur saisi le requiert, ainsi que le dit expressément l'art. 2211; il n'y a donc, ni nécessité, ni motif, pour laisser subsister une inscription prise sur la totalité des biens formant une seule exploitation, lorsque la valeur probable de la créance indéterminée, qui a fait l'objet de l'inscription, n'offre au-

cune proportion avec la valeur des immeubles hypothéqués.

Nous pensons donc que la première interprétation est inconciliable avec le but de la loi, et que, par cela même, elle doit être rejetée.

Si la seconde ne présente pas les mêmes inconvéniens, nous aurons raison de l'adopter, et de dire, que, sous le nom de *domaine*, le législateur a entendu désigner une maison, un jardin, un bois, un champ, une vigne, et en un mot, un immeuble quelconque, distingué des immeubles environnans, soit par la superficie, soit par le mode de culture, soit par la circonscription de propriétés étrangères.

Il sera bien rare qu'une inscription reconnue excessive n'embrasse plusieurs domaines, tels que ceux que nous venons de définir. Rien n'est plus facile alors que de dégager quelques-uns de ces domaines, et de ne laisser sous le joug de l'inscription, que ceux dont la valeur offre une sûreté suffisante au créancier.

Si l'inscription ne frappait qu'une seule maison, un seul bois, un seul pré, en un mot, un seul domaine, l'inscription ne pourrait être réduite, lors même que la valeur de ce domaine unique serait hors de proportion avec la valeur de la créance; et voici comment l'on peut expliquer les motifs que le législateur a eus pour dénier dans ce cas toute réduction.

Il existe, comme nous le verrons bientôt, des bases positives d'évaluation pour chaque domaine pris séparément. Ces bases sont la valeur des revenus de chaque domaine déclarés par la matrice du rôle de la contribution foncière ou indiqués par la cote de la contribution sur le rôle. Elles donnent un moyen très-simple d'établir une juste proportion entre la valeur des domaines qui doivent rester grevés d'hypothèque, avec la valeur de la créance. On sent que ces mêmes bases ne peuvent servir à déterminer exactement la valeur de telle ou telle partie d'un seul domaine. Car, de ce qu'un champ de cinquante arpens donne 1200 francs de revenu, il ne s'ensuit pas que chaque arpent pris séparément donne 24 francs. Il faudrait donc, pour établir des justes proportions, recourir à des estimations qui ont paru sans doute trop dispendieuses pour l'objet proposé; et l'on a préféré laisser subsister, dans ce cas, l'inscription et l'hypothèque sur toute l'étendue du domaine unique qui s'en trouve frappé.

Si cette explication n'est pas pleinement satisfaisante, elle a du moins le mérite d'être celle qui se raccorde le mieux avec le texte de la loi, et qui présente le moins d'inconvéniens.

XV. Tels sont les cas où la réduction peut avoir lieu. Elle ne peut jamais être invoquée contre l'inscription d'une hypothèque purement conventionnelle: cette règle est posée d'une manière absolue dans l'art. 2161, et elle n'admet aucune exception, ainsi que nous l'avons démontré plus haut.

XVI. L'art. 2162 du Code civil est ainsi conçu: « Sont réputées excessives les inscriptions qui frappent sur plusieurs domaines, » lorsque la valeur d'un seul ou de quelques-uns d'entre eux excède de plus d'un tiers en » fonds libres, le montant des créances en » capital et accessoire légaux ».

Cet article détermine la proportion dans laquelle doit être la valeur de l'immeuble hypothéqué relativement à la valeur de la créance. Cette proportion est ainsi calculée: la valeur des immeubles hypothéqués peut égaler le montant de la créance, plus un tiers de ce montant, en telle sorte que l'inscription d'une créance de 30,000 francs peut embrasser des immeubles d'une valeur de 40,000 francs. Une inscription étendue sur des biens qui dépassent cette proportion, est excessive et est sujette à réduction.

Il ne faut pas cependant se persuader que l'on puisse ni que l'on doive apporter dans ces opérations, une précision mathématique: l'évaluation des fonds n'en est pas susceptible, comme nous le verrons plus bas; d'un autre côté, comme l'esprit de la loi, tel que nous l'avons expliqué, n'est pas de scinder un domaine, mais de prendre un ou plusieurs domaines entiers, jusqu'à ce qu'on ait atteint la valeur proportionnelle fixée par cet article, il pourra arriver qu'une inscription prise sur deux ou plusieurs domaines, excède les proportions, et néanmoins qu'elle ne soit pas réductible. Si, en effet, l'inscription prise à raison de la créance de 30,000 francs, porte sur deux domaines, dont le premier soit de la valeur de 30,000 francs, et le second de celle de 20,000 francs, les deux valeurs réunies s'éleveront à celle de 50,000 francs, et excéderont la proportion. Mais comme tout retranchement doit porter sur un domaine entier, et qu'en retranchant le plus modique, il ne resterait pas, dans le plus fort, de quoi établir la sûreté de la créance, on laissera subsister l'inscription sur les deux, et il n'y aura pas lieu à la réduction.

Ce serait autre chose, si l'inscription por-

tait sur trois domaines, dont le premier vaudrait 30,000 francs, le second 20,000 francs, et le troisième 10,000 francs; le premier et le troisième, formant une valeur de 40,000 francs, suffisante pour la sûreté de la créance, on réduirait l'inscription à ces deux immeubles, et l'on dégagerait le second.

Les inscriptions prises pour des créances certaines et déterminées, sont sujettes à réduction, lorsque, n'étant pas soumises à une limitation convenue, elles sont portées sur plus de domaines différens qu'il n'est nécessaire à la sûreté des créances. C'est à ces mêmes créances certaines et déterminées que se réfère la règle de proportion établie par l'art. 2162.

Cependant ces créances ne sont pas les seules dont l'inscription soit susceptible de réduction. L'art. 2163, que nous avons expliqué plus haut, nous apprend que les créances conditionnelles, éventuelles ou indéterminées, sont soumises à la même loi: nous avons vu aussi que ce n'est pas la nature seule de ces créances qui rend leur inscription réductible, mais bien la nature du titre, qui doit être tel, que le créancier ait le droit de prendre des inscriptions sur les biens présens ou sur les biens à venir du débiteur, sans limitation convenue.

L'art. 2164 prescrit un mode particulier pour déterminer la réduction dont l'inscription de ces créances conditionnelles ou indéterminées peut être passible : ce mode est abandonné en entier à la discrétion et à l'arbitrage des juges. Ils ne sont nullement astreints à laisser sous le lien de l'hypothèque, des biens d'une valeur qui excède d'un tiers le montant de la créance conditionnelle, ou l'évaluation de la créance indéterminée faite par le créancier. Si la créance conditionnelle, ou l'évaluation de la créance indéterminée faite par le créancier, s'élèvent à une somme de 30,000 francs, rien n'empêchera les juges de réduire l'inscription à des immeubles d'une valeur de 20,000 francs seulement, lorsque les probabilités des chances, les présomptions de fait, et d'autres considérations de ce genre, le porteront à faire cette restriction.

XVII. La loi a prévu le cas où les événemens viendraient à tromper l'attente des juges, et où les biens restés sous le lien de l'inscription, ne suffiraient pas pour la sûreté des créances devenues certaines ou liquides. La réduction prononcée n'en aura pas moins son effet : le créancier sera seulement autorisé à prendre de nouvelles inscriptions, mais qui, conformément aux règles invariables de la matière, ne lui donneront de rang que du jour de leur date.

XVIII. Il ne restait qu'à déterminer le mode d'évaluation des immeubles. C'est ce qu'a fait l'art. 2165 du Code civil, qui est ainsi conçu : « La valeur des immeubles dont la compa» raison est à faire avec des créances et le tiers » en sus, est déterminée par quinze fois la » valeur du revenu déclaré par la matrice du » rôle de la contribution foncière, ou indiqué » par la cote de la contribution sur le rôle, » selon la proportion qui existe dans les cou» tumes de la situation, entre cette matrice » ou cette cote et le revenu, pour les im» meubles non sujets à dépérissement, et dix » fois cette valeur pour ceux qui y sont su» jets. Pourront, néanmoins, les juges s'ai» der, en outre, des éclaircissemens qui peu» vent résulter des baux non suspects, des » procès-verbaux d'estimation qui ont pu » être dressés précédemment à des époques » rapprochées, et autres semblables, et éva» luer le revenu au taux moyen entre les » résultats de ces divers renseignemens ».

Pour opérer une réduction, il faut connaître dans tous les cas, la valeur des fonds qu'on se propose de conserver dans le lien de l'inscription; cet article indique les moyens de déterminer cette valeur. Ils consistent à recueillir dans tous les dépôts publics ou dans des actes non suspects, tous les renseignemens qui peuvent conduire à la connaissance du revenu ou de la valeur capitale du fonds dont il s'agit. La loi a exclu la voie de l'expertise, sans doute comme trop dispendieuse, ainsi que nous l'avons dit ailleurs.

On doit trouver dans la matrice des rôles de la contribution foncière, une évaluation des revenus de chaque domaine pris isolément. Ces actes sont aussi indiqués comme les premiers à consulter. Cependant on ne pouvait se dissimuler qu'ils ne fussent très-fautifs. Ces évaluations, d'après les lois relatives aux contributions, ont été faites dans le principe par les communes elles-mêmes. Et on aurait de la peine à imaginer jusqu'à quel point les communes ont divergé dans les divers taux d'évaluation qu'elles ont respectivement adoptés. Les unes ont élevé l'estimation de leurs revenus territoriaux au-dessus de leur vraie valeur, pour se donner plus d'importance, et pour d'autres motifs qui se perdent dans les tourbillons de la révolution. D'autres communes (et ce n'est pas le plus petit nombre) ont tellement atténué leurs revenus, que ces prétendus revenus, si leur évaluation était exacte, se trouveraient plus

qu'absorbés par les contributions annuelles.

C'est pour remédier à ces premières défectuosités que la loi indique, comme un second renseignement, la cote de la contribution sur le rôle de recouvrement. Elle mérite plus de confiance, parceque la répartition des contributions, quoiqu'elle soit loin d'avoir atteint un équilibre parfait, se rapproche bien plus des forces contributives, que ces évaluations fantastiques et disparates qui sont émanées des communes.

Le législateur a voulu enfin qu'à ces premiers renseignemens on ajoutât ceux que pourraient fournir des baux, des estimations, des ventes et autres actes non suspects, propres à faire connaître le revenu vrai, lorsqu'il serait possible de se les procurer.

Cest à l'aide de tous ces renseignemens que le juge doit déterminer le revenu d'un domaine, et prendre ce revenu quinze fois pour fixer la valeur capitale d'un immeuble non sujet à dépérissement, et dix fois pour fixer celle d'un immeuble sujet à dépérissement.

Nous n'étendrons pas plus loin nos réflexions sur cette méthode, qui est susceptible de perfectionnement. *

[[RAISON ÉCRITE. On entend par ces termes la disposition d'une loi qui n'a point d'autorité coactive dans le pays où on l'invoque, et qui n'y doit par conséquent être suivie qu'autant qu'elle est conforme aux principes généraux et à la saine raison.

Ainsi, avant le Code civil, on disait communément dans les pays coutumiers, que le droit romain n'y était considéré que comme *Raison écrite*.

Il y avait même quelques coutumes qui, pour les cas non prévus par leurs dispositions, renvoyaient à la *Raison écrite*, ce qui s'entendait du droit romain : *telles étaient*, entre autres, la coutume de Vermandois, titre *des donations entre-vifs*, art. 51, et la coutume de Châlons, art. 82.

« Mais par cela seul que ces coutumes ne renvoyaient au droit romain que comme Raison écrite, elles n'assujétissaient les tribunaux à en prendre les décisions pour règle de leurs jugemens, qu'autant que ces décisions leur paraitraient d'accord avec la raison et l'équité.

D'autres coutumes renvoyaient purement et simplement au droit romain; et dans celles-ci, il avait force de loi. *V.* l'article *Autorités*, et le plaidoyer rapporté à l'article *Legs*, sect. 7, n° 2.

Aujourd'hui, dans les coutumes comme dans les pays ci-devant appelés *de droit écrit*, les lois romaines n'ont plus que l'autorité de Raison écrite; et il en est de même de toutes les anciennes lois, dans les matières qui sont l'objet du Code civil.

Lorsque fut discuté au conseil d'état l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12, portant, « qu'à » compter du jour où les lois composant le » Code, sont exécutoires, les lois romaines, » les ordonnances, les coutumes générales ou » locales, les statuts, les réglemens, cessent » d'avoir force de loi générale ou particulière » dans les matières qui sont l'objet desdites » lois », il fut proposé *de laisser aux lois anciennes leur autorité par rapport aux Questions et aux cas qui ne se trouvaient pas décidés par le Code civil.*

« On ne peut se dissimuler en effet (disait-on) qu'il est au-dessus de la prévoyance humaine de tout embrasser dans les lois. C'est donc un avantage de ne pas ôter aux tribunaux les secours qu'ils peuvent trouver dans les lois antérieures pour se fixer, lorsque le Code civil ne leur offrira point de lumières.

» A la vérité, les gens de loi seront forcés de faire des études plus étendues; mais c'est plutôt là un avantage qu'un inconvénient. La nouvelle loi (du 22 ventôse an 12) sur l'enseignement du droit, le suppose; car elle oblige d'étudier le droit romain.

» Mais (a répondu M. Bigot-Préameneu) si on laissait aux lois antérieures leur force, il en résulterait des procès, même sur les cas prévus par le Code civil, dont les dispositions deviendraient moins décisives. Dans les cas non prévus, on ne peut laisser au droit romain la force qu'il avait dans les pays de droit écrit, sans introduire dans le tribunal de cassation une grande diversité de principes et de jurisprudence, *Il serait forcé de prononcer la cassation du jugement* rendu par certains tribunaux, parcequ'ils auraient contrevenu au droit romain qui faisait loi dans leur ressort; tandis que la même décision ne donnerait pas ouverture à la cassation, lorsqu'elle aurait été rendue par d'autres tribunaux auxquels le droit romain a toujours été étranger.

» Le droit romain aura toujours partout l'autorité de la Raison écrite; et, renfermé dans ses limites, il n'en sera que plus utile, en ce que, dans l'usage, on pourra n'employer que les maximes d'équité qu'il renferme, sans être forcé de se servir des subtilités et des erreurs qui s'y mêlent quelquefois; mais il faut que, sur aucun point de la république, il ne fournisse des moyens de cassation ».

Sur ces observations, il a été *consenti à ce que l'infraction aux lois anciennes ne donne*

pas ouverture à cassation, pourvu qu'on ne refuse pas d'ailleurs aux juges la faculté de les prendre pour guides.

Et l'art. 7 de la loi du 30 ventôse an 12 a été *adopté dans ce sens.* Ce sont les termes du procès-verbal du conseil d'état.]]

RANÇON. *V.* les articles *Prise maritime, Prisonnier de guerre*, et° *Puissance paternelle*, sect. 3, §. 3, n° 4.

RAPPEL A SUCCESSION. C'est un moyen par lequel une personne qui devait être exclue d'une succession, devient habile à y prendre part. Lebrun l'appelle « un remède, au défaut » de représentation, à l'exhérédation des en- » fans, à l'exclusion coutumière des filles do- » tées, à la renonciation à la succession fu- » ture ».

Cette définition amène naturellement la division de cet article en quatre sections.

Section I. *Du rappel considéré comme un remède au défaut de représentation.*

Le défaut de représentation légale inspire naturellement l'idée d'une disposition qui puisse y suppléer. Un aïeul qui voit ses petits-enfans privés, par le prédécès de leur père, du droit de partager sa succession avec ses enfans du premier degré, peut-il envisager, sans frémir, l'état d'indigence auquel la loi les condamne, et la voix impérieuse du sang ne lui crie-t-elle pas de corriger, par une disposition bienfaisante, la rigueur barbare d'une telle jurisprudence? Un oncle qui n'aperçoit dans les rejetons d'un frère qu'il chérissait et dont la mémoire lui est précieuse, que des êtres faibles et repoussés par la loi, tant qu'il lui reste un frère vivant, ne se sent-il pas porté à désirer qu'il lui soit permis de les rapprocher au degré de leur père, et de leur donner dans sa succession la part qu'il eût laissée à celui-ci, s'il l'eût survécu?

Aussi voyons-nous que, dans tous les temps et dans presque tous les pays où la représentation légale a été proscrite, on s'est empressé d'y remédier par le Rappel. Le chap. 10 du liv. 2 des formules de Marculphe, nous offre le modèle d'un acte par lequel un père rappelle à sa succession les enfans de sa fille décédée, et veut qu'ils y prennent la part que leur mère aurait dû y avoir : *sicut genitrix vestra, si superstes fuisset, ità et vos cùm avunculis vestris succedere faciatis.* Jean des Mares, qui écrivait au milieu du quinzième siècle, plus de cinquante ans avant la première rédaction de la coutume de Paris, s'exprime ainsi dans sa décision 238 : « *Item*, repré- » sentation n'a point lieu en ligne collatérale ni » directe, si ce n'était qu'au traité de mariage » qu'aucun ferait de sa fille ou de son fils à » autre, fût expressément dit et accordé que » ès-enfans d'iceux fils ou fille d'icelui ma- » riage, eût lieu représentation en la succes- » sion de leur aïeul ou aïeule, père et mère » de leursdits père et mère ».

On peut distinguer en général deux sortes de Rappels : celui qui se fait en ligne directe et celui qui se fait en ligne collatérale.

§. I. *Du Rappel en ligne directe.*

Il y a aujourd'hui peu de coutumes où la représentation en ligne directe ne soit pas admise; presque toutes celles de la France et des Pays-Bas l'adoptent indéfiniment. Cependant, comme il en reste encore quelques-unes où elle est rejetée, et d'autres où elle souffre des restrictions pour certaines espèces de biens, il faut examiner si le Rappel peut en corriger la disposition, et à quels règles il y est soumis.

Art. I. *Le Rappel en ligne directe est-il permis dans les coutumes qui rejettent la représentation, soit indéfiniment, soit pour certaines espèces de biens seulement?*

I. Quelques-unes de ces coutumes ont prévu cette question, et l'ont décidée pour l'affirmative.

Celle du bailliage de Saint-Omer porte, art. 24, que la représentation n'a lieu ni en ligne directe ni en ligne collatérale, pour les biens tenus en fiefs, *si autrement il n'y avait Rappel à succession.*

L'art. 16 de la coutume de la ville de Saint-Omer est conçu dans les mêmes termes.

Celle de Mortagne, dans le Tournaisis, titre *des successions*, art. 2, déclare que « repré- » sentation n'a lieu en ligne collatérale non » plus qu'en ligne directe, si elle n'est avisée » par quelque contrat ou disposition au con- » traire ».

Celle de la châtellenie de Lille n'est pas aussi expresse sur la faculté du Rappel en ligne directe; cependant on ne peut douter qu'elle ne l'admette également; cela résulte du pouvoir indéfini qu'elle laisse aux aïeuls pour la distribution de leurs biens entre tous leurs descendans : « Père et mère, grand-père et » grand'mère, ou l'un d'iceux, pourront faire » partage et division, tant de leurs fiefs, » comme d'autres héritages, par testament » ou autrement, comme bon leur semblera ». Ce sont les termes de cette coutume, tit. 9, art. 4.

II. Ces dispositions doivent-elles servir de règles dans les autres coutumes de la même classe?

Oui, parceque, comme le prouvent le chap. 10 des formules de Marculphe, et la décision 258 de Jean des Mares, rapportées plus haut, elles ne sont que l'expression d'un usage qui avait lieu partout avant la rédaction de nos lois municipales, et dans le temps où la représentation n'était admise presque nulle part.

Aussi remarquons-nous, sur ce point, un accord unanime entre tous les auteurs qui ont commenté les coutumes exclusives de la représentation en ligne directe.

Brunel, qui a écrit sur celle d'Artois avant que la *représentation* y eût été introduite par une loi nouvelle dont nous parlons sous ce mot, dit qu'il est « sans difficulté que, dans » les coutumes qui portent que la représen- » tation n'a lieu, aussi bien que dans celles » qui n'en parlent pas, on peut y suppléer au » moyen du Rappel ».

Duchesne, sur l'art. 8 de la coutume de Ponthieu, s'explique en ces termes: « Notre » coutume n'étant point conçue en termes » prohibitifs, et ne disant point que repré- » sentation ne peut avoir lieu, la disposition » de l'homme peut faire cesser celle de la loi » par une représentation conventionnelle qui » se trouve *intrà terminos juris* ».

L'art. 75 de la coutume de Boulonnais a été interprété de même que l'art. 8 de celle de Ponthieu, auquel il est parfaitement conforme. Dumoulin dit dans sa note sur ce texte, que la disposition en est odieuse, que cependant elle est fondée en raison sous certains rapports, et que les aïeuls peuvent y remédier en rappelant leurs petits-enfans: *Valdè injusta et corrigenda in directâ....., tamen habent rationem in hoc ne filii audeant contrahere matrimonium, et generare nepotes sine consensu parentum qui possunt eos habilitare ad succedendum.*

Le Camus d'Houlouve, dans son commentaire sur la même coutume, tome 1, page 369, dit pareillement que « le Rappel supplée en » Boulonnais le défaut de représentation ».

Leroi de Lozembrune et Bourdot de Richebourg tiennent le même langage dans leurs notes sur l'article cité.

Christin, tome 4, décis. 63, demande si l'on peut remédier, par le Rappel, à la disposition des coutumes qui excluent la représentation: *an stante statuto aut consuetudine quòd repræsentatio locum non habeat, valeret pactum ut ei sit locus?* Il cite pour l'affirmative le conseil 231 du président Everard; et dit qu'il en a été ainsi jugé au grand conseil de Malines, le 14 janvier 1595, entre Guillaume et Jean Caulier.

ART. II. *Par quels actes peut-on, en ligne directe, rappeler à une succession les petits-enfans qui en sont exclus par le défaut de représentation légale?*

I. La manière la plus simple et la plus sûre pour un père, de réparer le défaut de représentation en ligne directe, est de déclarer, par les contrats de mariage de ses enfans du premier degré, qu'en cas de prédécès de leur part, ses petits-enfans à naître viendront prendre dans sa succession les mêmes portions qu'ils y auraient prises eux-mêmes.

II. Un autre moyen d'assurer ce droit aux petits-enfans nés ou à naître, et qu'on peut employer après comme avant la mort de leur père, est de consigner dans un testament une déclaration semblable à celle dont nous venons de parler.

Mais un testament imparfait, un billet sous seing-privé, un consentement verbal que les parties intéressées ne mettraient pas en dénégation, suffiraient-ils pour opérer un Rappel?

Comme les principes sont les mêmes à cet égard pour la ligne collatérale que pour la ligne directe, nous traiterons ici la question par rapport à l'une et à l'autre.

Le point d'où il faut partir, est que le Rappel n'est considéré ni comme un legs, ni comme une donation, « mais (dit Ricard, » *Traité de la représentation*, n° 31) comme » un acte qui lève un empêchement introduit » contre le droit commun, auquel toutes cho- » ses retournent facilement par la moindre » signification d'une volonté contraire de » celui qui y a le principal intérêt, comme » est au cas particulier celui de la succession » duquel il s'agit ».

Il résulte de là que le Rappel peut être fait par toutes sortes d'actes, et c'est ce qu'établit Dumoulin dans ses apostilles, sur l'art. 37 de l'ancienne coutume d'Amiens, et sur l'art. 139 de la coutume de Blois. Voici les termes de la première: *Nec opus est formulâ contractûs; sufficit constare de consensu vel simplici vocatione ad repræsentandum, sive in testamento, vel codicillis, vel aliùs inter vivos.* La seconde est ainsi conçue: *Ista est simplex declaratio quæ fieri potest coràm duobus testibus, vel aliàs, dummodò constet.*

Pontanus, sur l'art. 139 de la coutume de Blois; Brodeau, sur Louet, lettre R, §. 9; Renusson, *Traité des propres*, chap. 2, sect. 8, n° 33; Ricard, *de la représentation*, n° 33;

Lebrun, *des successions*, liv. 3, chap. 10, sect. 3, n° 2; Brunel, dans ses *Observations sur le droit coutumier*, chap. 4, n° 17, Rousseaud de Lacombe, au mot *Rappel*, Pothier, *des successions*, chap. 2, sect. 3, §. 3, enfin, tous les auteurs adoptent le même principe et le regardent comme une sorte de loi fondamentale sur cette matière.

Les paroles de Lebrun, surtout, méritent d'être ici rapportées :

« Je demande par quel acte un oncle peut rappeler son neveu? Il faut dire qu'il le pourra rappeler par toutes sortes d'actes, parceque ce Rappel se faisant *intrà terminos juris*, est extrêmement favorable, et produit un retour au droit commun... Aussi avons-nous un arrêt dans Brodeau, qui confirme un Rappel fait par une simple déclaration pardevant notaires. De même, un acte sous signature privée, dont l'écriture est reconnue, peut être un bon Rappel.

» Je passe plus avant : car pourvu que, dans un testament imparfait, la volonté soit constante, et qu'il y ait des formalités d'un simple acte pardevant notaires, le Rappel porté par un tel acte sera valable, parcequ'il suffit ici de la teneur du Rappel, et pourvu qu'on n'en puisse douter, il n'y a point de formalités qui doivent arrêter ».

III. Mais l'ordonnance de 1731 ne déroge-t-elle point à cette jurisprudence, en déclarant, art. 3, qu'il n'y aura plus à l'avenir dans le royaume « que deux formes de disposer » de ses biens à titre gratuit, dont l'une sera » celle des donations entre-vifs; et l'autre, » celle des testamens et des codicilles »?

Le président Espiard se propose cette question dans ses notes sur Lebrun, et dit qu'il faut, pour la résoudre, *attendre la décision des arrêts*.

Elle s'est depuis peu présentée au parlement de Flandre, mais dans des circonstances qui, sans doute, empêcheront toujours qu'on ne puisse argumenter avec certitude de l'arrêt qui peut-être l'a moins jugée qu'éludée. En voici l'espèce, tirée du mémoire que j'avais fait en faveur des rappelés.

Nicolas-François Damide, domicilié à Cysoing, dans la châtellenie de Lille, avait un frère nommé Jean-François, et des neveux, fils d'un autre frère prédécédé. Il se proposait d'accorder à ceux-ci, par un acte formel, le bénéfice de représentation que la coutume leur refusait; mais la promesse que lui fit Jean-François de les admettre au partage de sa succession, lui parut suppléer abondamment à des formalités que sa candeur et sa bonne foi lui faisaient regarder comme inutiles; et il mourut dans cette idée, le 28 octobre 1749.

Cependant Jean-François oublia pour un temps sa promesse, et garda toute la succession. Mais la maladie dont il mourut, le fit rentrer en lui-même : le 11 mars 1750, c'est-à-dire, près de cinq mois après la mort de Nicolas-François, sentant approcher sa dernière heure et voyant les portes de l'éternité prêtes à s'ouvrir devant lui, il avoua qu'il avait abusé de la confiance de son frère, qu'il avait retenu injustement la part que ses neveux devaient avoir dans sa succession, et il protesta qu'il ne voulait pas mourir sans la leur avoir abandonnée. En conséquence, il fit appeler leur beau-père, et lui déclara son intention. Il ne se trouvait point là de notaire, et il n'y avait pas un moment à perdre : le curé rédigea l'acte, le signa avec deux témoins, et le moribond, qui était hors d'état d'écrire, y apposa une simple marque.

Sa volonté ne tarda pas à être exécutée. Le 1er avril 1750, il fut passé devant notaire et les mêmes témoins qui avaient reçu ses derniers soupirs, un acte par lequel, *pour suivre l'intention de défunt Jean-François Demide, comme il l'a fait sentir à M. Duhamel, pasteur de Cysoing, conformément au sentiment qu'avait aussi Nicolas-François Damide, comme il se voit du billet écrit de la main dudit sieur pasteur joint*, la veuve de Jean-François, et celle d'Antoine-Joseph, père des rappelés, partagèrent la succession de Nicolas-François entre leurs enfans respectifs, dont elles étaient tutrices légitimes.

Cet acte reçut d'abord une exécution parfaite. Les rappelés ont joui paisiblement, pendant vingt-deux ans, des biens qui leur avaient été assignés en partage : mais au bout de ce temps, les enfans de Jean-François, devenus tous majeurs, se sont pourvus à la gouvernance de Lille, et ont demandé que leurs cousins-germains fussent condamnés à leur abandonner ces biens.

Les rappelés n'ont d'abord opposé à cette demande aucun des moyens qui militaient pour eux. Après quelques procédures, ils ont déclaré, par acte du 5 novembre 1772, qu'ils passaient condamnation volontaire sur la revendication formée contre eux, mais qu'ils n'entendaient restituer aucun fruit, attendu la bonne foi qui avait présidé à leur possession.

Les enfans de Jean-François, sur la signification qui leur fut faite de cet acte, soutinrent que les fruits devaient leur être adjugés avec le fonds; mais une sentence du 12 décem-

bre 1772 décréta les offres des rappelés sans dépens.

Les enfans de Jean-François ont interjeté appel de cette sentence.

De leur côté, les rappelés, se voyant entraînés malgré eux dans un procès qu'ils avaient voulu éviter, ont pris des lettres de rescision pour se faire relever de leur désistement; en conséquence, ils ont conclu à l'infirmation de la sentence relativement à la propriété des biens contentieux qu'elle adjugeait à leurs adversaires, et ils ont demandé d'y être eux-mêmes maintenus et gardés, avec dépens, dommages et intérêts.

C'est dans cet état que la cause se présentait au parlement de Flandre.

Les rappelés divisaient leur défense en deux propositions : l'une, que la demande formée contre eux n'était pas fondée; la seconde, que leur acquiescement à cette demande en première instance ne pouvait pas empêcher qu'ils ne fussent maintenus dans leur propriété et possession.

Pour établir la première proposition, les rappelés disaient

Que Nicolas-François, leur oncle, avait manifesté une intention formelle de leur accorder, dans sa succession, la part qu'y eût prise leur père, en cas de survie;

Que Jean-François lui-même l'avait ainsi reconnu, au moment de sa mort;

Que sa veuve, mère et tutrice de leurs adversaires, avait donné à la preuve de ce fait une authenticité qui la mettait au-dessus de toute équivoque;

Que leurs adversaires eux-mêmes étaient forcés de convenir que le billet du 12 mars 1750 était souscrit de la marque de leur père;

Qu'ils n'élevaient aucun doute sur la réalité de sa reconnaissance; que seulement ils l'arguaient de suggestion et de captation, mais qu'ils n'articulaient aucun fait précis, aucune circonstance dont il pût, à cet égard, résulter la moindre conséquence;

Que, d'après cela, il ne s'agissait plus que d'appliquer à la cause les autorités qui établissent que le Rappel peut se faire par une simple déclaration;

Que Dumoulin, et après lui tous les jurisconsultes, ne demandent, pour le faire valoir, qu'une preuve quelconque de la volonté du défunt, *dummodò constet;*

Que l'ordonnance de 1731 n'a apporté aucun changement à ces maximes;

Que Rousseaud de Lacombe et Pothier les ont enseignées dans les ouvrages postérieurs à l'émanation de cette loi;

Qu'elles ont même été consacrées par l'art. 24 de la coutume du bailliage, et par l'art. 16 de la coutume de la ville de Saint-Omer, rédigées en 1743, par M. Séver, conseiller à la grand'chambre du parlement de Paris, et homologuées par des lettres-patentes enregistrées dans la même cour; qu'en effet, ces articles portent que le Rappel aux successions féodales peut se faire, *soit par les contrats de mariage*, SOIT PAR AUTRES ACTES D'ENTRE-VIFS, *ou par dispositions testamentaires et de dernière volonté;*

Que Roussel de Bouret, dans ses notes sur la coutume d'Artois, imprimées en 1771, dit pareillement « qu'il suffit que la volonté du » rappelant soit évidente et manifestée; que » le Rappel soit fait par écrit en quelque acte » et quelque forme qu'il se trouve, pourvu » que ce soit dans les degrés ordinaires de la » représentation, aux termes de droit »;

Qu'enfin le Rappel n'est ni une donation ni un legs; qu'il ne fait, suivant Ricard, que lever l'obstacle qui écarte d'une succession des personnes auxquelles le droit commun la défère; qu'il imprime à ces personnes la qualité d'héritier, comme si elles succédaient en vertu de la loi même; qu'on le considère si peu comme une disposition comprise, soit dans l'ordonnance de 1731, soit dans celle des testamens, qu'il ne donne pas ouverture aux droits seigneuriaux, même dans la châtellenie de Lille, qui y soumet cependant jusqu'aux donations en ligne directe, lorsqu'elles ne sont pas faites expressément par forme d'avancement d'hoirie ou de partage héréditaire; que cela résulte nécessairement d'un arrêt rendu dans cette coutume, le 24 décembre 1696, et rapporté ci-après, §. 2, art. 1.

Sur la seconde proposition, les rappelés disaient que leur désistement n'eût pu élever contre eux une fin de non-recevoir, qu'autant qu'il eût formé un contrat ou quasi-contrat; qu'il ne formait évidemment ni l'un ni l'autre, puisque leurs adversaires ne l'avaient point accepté purement et simplement; qu'il n'y a point de contrat sans acceptation de la part de celui en faveur duquel il doit se faire; qu'on avait voulu, contre tout principe, diviser leur déclaration, l'accepter pour la propriété, et la rejeter pour les fruits; que par conséquent les choses étant encore entières, il leur était libre de la rétracter tout-à-fait et de faire valoir leurs droits; que du reste, les lettres de rescision, dont ils s'étaient munis au besoin, levaient toute difficulté.

Nonobstant ces raisons, arrêt est intervenu, le 11 août 1778, au rapport de M. Wacrenier, qui, sur les appels respectivement interjetés

par les parties, de la sentence de Lille, ainsi que sur la demande de ceux que je défendais, en entérinement de leurs lettres de rescision, a mis hors de cour et de procès, sans dépens.

ART. III. *Le Rappel en ligne directe est-il borné à la personne en faveur de laquelle il est fait, ou se communique-t-il d'une cellule à une autre, et d'un enfant d'une branche à ses frères et sœurs ?*

Il y a des raisons très-plausibles pour la négative. Un père peut avoir des motifs pour rappeler les enfans d'un fils, et en avoir de contraires pour laisser ceux d'un autre dans leur état d'exclusion légale : le premier, par exemple, a contracté de son consentement un mariage honorable ou avantageux ; le second a formé sans sa participation une alliance honteuse ou peu convenable. S'il est naturel qu'il récompense l'un en rappelant sa postérité, peut-on exiger de lui qu'il étende cette faveur à celle de l'autre ? Dumoulin dit, sur l'art. 75 de la coutume de Boulonnais, que l'objet de cette loi, en rejetant la représentation légale, a été d'empêcher les enfans de se marier malgré leurs pères ; ce serait donc aller contre les vues des rédacteurs, que de communiquer aux rejetons d'un mariage contracté à l'insçu ou sans l'aveu d'un père, le bénéfice du Rappel qu'il lui a plu d'accorder aux fruits d'une union dont il a lui-même formé les nœuds. Enfin, lors même que les petits-enfans sont tous d'une même branche, il peut y avoir également des raisons personnelles à l'un d'eux, soit pour le rappeler, soit pour l'exclure seul. Ainsi, point d'extension en cette matière.

Ce n'est cependant point là ce que pensent les auteurs ni ce que jugent les arrêts.

Ricard, *Traité de la représentation*, n° 42, dit que « le Rappel étant fait d'un des petits-» fils, tous les autres, soit qu'ils soient de la » même souche ou d'une autre, en doivent » profiter, parceque les coutumes qui rejet-» tent la représentation en ligne directe, n'é-» tant pas seulement contre le droit commun, » mais aussi contre le droit naturel, il ne » faut que la moindre ouverture pour ôter » entièrement cette loi rigoureuse et unique » à l'égard de tous ceux à qui elle peut servir » d'obstacle ; et qu'il faut aider par toutes » sortes de voies cette représentation en ligne » directe, qui rétablit l'effet de la loi natu-» relle qui doit répandre les biens généra-» lement dans tous les descendans, puisqu'ils » n'ont point d'autres moyens de subsister » que par les bienfaits qu'ils reçoivent de la » part de leurs pères ».

Lebrun adopte le même sentiment, et cherche à étayer les raisons de Ricard, de quelques argumens par induction :

« La clause (dit-il) par laquelle un père ou une mère promet à sa fille, en la mariant, de l'égaler aux autres enfans, profite indirectement aux autres. La loi 41, §. dernier, D. *de pactis*, fait bien une extension d'une paction faite pour une ligne au profit d'une autre ligne, d'une clause stipulée en faveur du frère du donateur, au profit de ses enfans. La loi 101, D. *de conditionibus et demonstrationibus*, transfère un fidéicommis de la collatérale à la directe. Alexandre, tome 2, conseil 130, dit en cas semblable : *provisio facta in unum casum à testatore, extenditur in alium in quem similiter providisset, si de eo cogitasset.* Si un mari voyant sa femme grosse, et craignant d'être prévenu par la mort, avait institué l'enfant, et qu'il arrivât que la femme accouchât de plusieurs, ils seraient tous censés compris dans l'institution (lois 4 et 5, D. *de liberis et posthumis*).

» Encore une fois, la raison veut que la condition des enfans soit égale. Sur ce fondement, on voit dans la matière du droit d'aubaine, que, quand un étranger qui s'est marié dans son pays, y a eu des enfans, puis vient s'établir en France, et qu'il en naît d'autres enfans dans ce royaume, ceux-ci valent lettres de naturalité aux autres, afin que la condition des enfans soit toujours égale ».

Il y aurait sans doute bien des choses à opposer à toutes ces raisons ; mais l'extrême faveur du Rappel en ligne directe leur a donné, dans les tribunaux, une prépondérance qu'elles ne pouvaient pas acquérir d'elles-mêmes.

Dumoulin, *sur l'art. 139 de la coutume de Senlis*, rapporte un arrêt qui les confirme de la manière la plus précise. Voici comment il s'explique ; nous ne faisons que traduire ses paroles :

« La représentation en ligne directe n'avait pas lieu dans l'ancienne coutume, mais elle pouvait être réservée, et lorsqu'elle l'était en faveur d'un des enfans, elle était censée l'être pour tous. Il est arrivé qu'un fils, avec qui il n'avait point été stipulé de Rappel, soit en le mariant, soit depuis, est mort avant son père, laissant des enfans. Dans la suite, le père a accordé le Rappel aux enfans d'un autre fils qui est mort pareillement ; enfin, le père est décédé lui-même.

» Les fils vivans et les petits-enfans rappelés voulaient exclure les petits-enfans dont le père était mort avant le rappel.

« J'ai été d'avis qu'ils devaient tous être admis ensemble; et il a été ainsi jugé par arrêt prononcé la veille de Saint-Mathias, 1545 ».

La même chose a été jugée dans la coutume de Ponthieu. Écoutons Bourdot de Richebourg, sur l'art. 75 de celle de Boulonnais :

« Le Rappel est autorisé, et s'il est fait par un aïeul à l'égard d'un de ses petits-enfans, il profitera à tous les autres petits-enfans, quoique nés d'autres fils ou filles; parceque, quand le Rappel est fait en terme de droit, il profite à tous ceux qui se trouvent dans le même degré que celui qui est rappelé, quoiqu'ils ne soient pas compris dans l'acte de Rappel, la raison de l'équité demandant que le père ou la mère qui veulent déroger au droit public et à la loi établie par la coutume, pour un intérêt domestique et particulier, ne le puissent faire en faveur d'un de leurs enfans au préjudice des autres.

» Ainsi jugé, dans la coutume de Ponthieu, semblable à celle-ci, par arrêt du 27 janvier 1646, rapporté par Soefve ».

Le conseil d'Artois a rendu un jugement semblable sur sa coutume; c'est Brunel qui le rapporte :

« Un homme, par son testament, ordonna que les enfans de sa fille décédée *représenteraient leur mère, pour venir en sa succession*, à l'encontre d'un fils et d'une fille qu'il avait encore vivans, *partager également ses biens entre eux*. Depuis le testament ainsi fait, la fille encore vivante lors d'icelui, vint à décéder avant le testateur, laissant aussi des enfans, sans qu'à leur égard le testateur eût fait aucune autre disposition.

» Question fut agitée de savoir si les enfans de la dernière fille décédée étaient en droit de prétendre dans la succession de leur grand père, la part et portion qu'y aurait eue leur mère, si elle avait vécu; et un jurisconsulte de poids assure, dans son manuscrit, qu'il a été jugé pour l'affirmative, par sentence rendue au conseil d'Artois, confirmative de celle rendue au magistrat d'Arras, *ex præsumptâ mente testatoris*, lequel ayant voulu suppléer au défaut de la coutume, en faveur des enfans de sa première fille décédée, n'est pas présumé avoir eu moins de dilection pour ceux de son autre fille vivante au temps de son testament; laquelle, dit-on, étant instituée héritière, sa part héréditaire a été adjugée à ses enfans; ce qui paraît très-juste, car, quoique les héritiers plus proches doivent exclure les plus éloignés au jour du décès du testateur, cela doit s'entendre d'une succession *ab intestat*, et non pas quand il y a partage par testament ou autrement; parceque pour lors tel partage doit équipoller ou à une institution, ou du moins à un rappel, selon la volonté présumée du testateur ».

Maillart a critiqué cette doctrine dans ses notes sur l'art. 93 de la coutume d'Artois; mais on n'en a pas moins persisté à la suivre, et elle est encore adoptée par le dernier commentateur de la même coutume, Roussel de Bouret, à l'endroit cité plus haut.

Cet auteur y met cependant une restriction très-judicieuse : « A moins (dit-il) que » le rappelant n'ait manifesté une volonté » contraire, ou qu'au moins il ne se rencontre » des circonstances bien propres à la faire » présumer ».

Le motif de cette restriction est sensible : ce n'est que par une présomption de volonté qu'on étend le Rappel d'une personne ou d'une branche à une autre : or, toute présomption doit céder, non-seulement à une preuve contraire, mais à une autre présomption de la même force. Ainsi, point de communication du Rappel dans le cas dont il s'agit.

L'apostille de Dumoulin sur l'art. 37 de l'ancienne coutume d'Amiens, nous fait voir que tel était également l'avis de ce grand jurisconsulte En voici la traduction littérale :

« Que serait-ce si un aïeul ne rappelait qu'un des petits-enfans que lui a laissés son fils prédécédé, et léguait aux autres quelques sommes d'argent?

» Il semblerait que cela ne pût pas se faire, parceque cette nouvelle espèce de représentation est contraire au droit commun, suivant lequel tous les petits-enfans sont également admis à représenter.

» Cependant, comme cette disposition est un acte de pure libéralité, et entièrement soumise à la volonté de celui qui la fait, je crois qu'on peut y apposer telle clause qu'on treuve à propos; d'ailleurs, il vaut mieux qu'un des petits-enfans soit rappelé, que tous soient exclus :

» Et c'est ainsi que je l'ai décidé, en 1558, par une consultation faite pour cette coutume ».

Il y a dans les *Observations* de Brunel, *sur le droit coutumier*, un jugement du conseil d'Artois, qui vient à l'appui de la même opinion :

« Père et mère mariant leur fille en premières noces, accordèrent représentation aux enfans à naître du mariage, pour venir faire une tête dans leurs successions, à l'encontre de leurs oncles et tantes. Ensuite, cette même fille étant devenue veuve, convola en

secondes noces, où pareille représentation ne fut point accordée par ses père et mère.

» Question fut agitée de savoir si les enfans, tant du premier que du second lit de cette fille, qui décéda avant sesdits père et mère, étaient également recevables à la représenter dans la succession de leurs aïeul et aïeule maternels; et il fut jugé, par sentence du conseil d'Artois, du 27 juillet 1696, infirmative d'une autre sentence du bailliage de Lens, que les enfans du second lit n'étaient point recevables à prétendre profiter de l'effet de la représentation accordée à leur mère dans son premier mariage, de laquelle les enfans du premier lit devaient seuls profiter, attendu que pareille représentation étant omise dans le second mariage, les ascendans qui l'avaient accordée pour le premier, pouvaient avoir des raisons de la refuser dans le second ».

ART. IV. *Quels sont les effets du Rappel en ligne directe?*

I. Nous avons déjà dit que le Rappel donne aux petits-enfans qui en sont l'objet, la qualité d'héritiers légitimes de leur aïeul : et c'est ce qu'établit Ricard, *Traité de la représentation*, n° 49. C'est, comme l'on voit, une conséquence nécessaire du principe, que cette disposition n'est ni une donation ni un legs, mais un simple éloignement de l'obstacle qui empêchait le rappelé de venir à la succession avec ses oncles ou tantes.

De là résultent deux conséquences :

La première, que le rappelé est saisi de plein droit, et n'est pas obligé de demander à ses oncles ou tantes la délivrance de sa portion :

La seconde, que le Rappel n'est pas borné aux biens dont l'aïeul pouvait disposer, soit entre-vifs, soit par testament et qu'il s'étend à toute sa succession, même aux propres, quoiqu'inaliénables et indisponibles.

Cette seconde conséquence est importante; retraçons les autorités qui la justifient.

Ricard, n° 49, dit que le rappelé ne succède pas « en vertu du testament ou d'autre acte, » d'autant que, si cela avait lieu, il ne pourrait donc profiter de cette succession que » jusqu'à la concurrence de ce que le testateur a pu disposer par son testament : ce » qui n'est pas véritable ».

Maillart, sur l'art. 93 de la coutume d'Artois, tient que « l'héritier purement patrimonial, en Artois, où les propres ne peuvent » être aliénés ni donnés sans *nécessité jurée, remploi, ou consentement de l'héritier présomptif*, est obligé d'exécuter la représentation directe ou collatérale faite dans les » termes de droit, c'est-à-dire, directe à » l'infini, collatérale au troisième degré civil, » accordée par le défunt, soit dans son contrat de mariage, soit dans un testament, » parceque la nature nous excite, nous nécessite à faire du bien à nos plus proches ».

Brunel, chap. 4, n° 19, enseigne pareillement « que le rappel accordé selon l'ordre » des représentations ordinaires, établies tant » par le droit écrit que coutumier, vaut, » non-seulement pour la portion des biens » dont la coutume permet de disposer entre-» vifs ou par testament, mais pour donner » la qualité d'héritier et la portion héréditaire tout entière dans les meubles, acquêts, et même dans les propres : ce qui » est d'autant plus certain que Ferrière, » dans son *Institution coutumière*, titre *des successions*, art. 303, en a fait une règle » générale du droit coutumier ».

Il y a cependant des auteurs artésiens qui ont soutenu que le Rappel fait par testament, ou même par contrat de mariage, ne liait l'héritier des propres, que lorsque celui-ci prenait part aux biens disponibles : tel est particulièrement Hebert dans son commentaire manuscrit, art. 186, n° 5.

Mais cette opinion a été proscrite par deux arrêts des 5 mai 1704 et 5 septembre 1768.

Le premier a été rendu dans le cas d'un Rappel par contrat de mariage : il est rapporté aux mots *Institution contractuelle*, §. 10, n° 3.

Le second nous est retracé en ces termes, par Roussel de Bouret : « Le parlement de » Paris, par arrêt du 5 septembre 1768, a » jugé que la dame Moreau, héritière immobilière et patrimoniale de son père, était » tenue d'entretenir la représentation accordée dans le testament du père aux enfans » du fils prédécédé, après un arrêt du 27 » juin de la même année, qui avait ordonné, » avant faire droit, qu'il serait rapporté des » actes de notoriété de l'usage suivi dans les » bailliages situés dans l'étendue de l'Artois ».

II. Mais le rappelé en ligne directe peut-il prétendre le droit d'aînesse qui aurait appartenu à son père, s'il eût survécu?

Guyné soutient la négative, et l'appuie de raisons très-spécieuses. La prérogative dans les fiefs, dit-il, est un préciput que les coutumes donnent à l'aîné mâle : il n'est pas possible que, sous ces mots, *aîné mâle*, elles aient entendu comprendre les enfans du fils

aîné prédécédé, puisque, dans le même endroit où elles établissent le préciput, elles rejettent la représentation en ligne directe. Cela posé, il ne paraît pas qu'un aïeul puisse, par la voie du Rappel, donner à ses enfans un droit que ces coutumes assurent à l'aîné mâle du temps de son décès; car il est constant que le père et la mère n'ont pas la liberté de transmettre d'une personne à une autre, le préciput d'aînesse que la loi a introduit et qu'elle règle seule.

Il y a cependant quatre arrêts qui ont jugé formellement le contraire.

Le premier est du 7 septembre 1658. « Il » juge (dit Lebrun) dans l'ancienne coutume » de Melun, qui n'admettait pas de repré» sentation en ligne directe, que la repré» sentation ayant été stipulée par le contrat » de mariage du fils aîné, sa fille succédait » à son droit d'aînesse : ce qui semble déci» der qu'il suffit que la convention ou la » coutume établisse la représentation, pour » faire que la fille de l'aîné succède à son » droit d'aînesse, comme un fils mâle aurait » pu faire ».

Le second arrêt est celui du 5 mai 1704, déjà cité. Louis de La Croix, domicilié au bourg de Pas, dans la sénéchaussée de Saint-Pol, avait marié Jean, son fils, avec clause de Rappel pour les enfans à naître du mariage. Jean mourut avant son père, laissant un fils nommé Louis. Celui-ci, après la mort de son aïeul, « a prétendu (dit » Brunel) représenter son père, non-seu» lement par rapport à son degré, mais » encore par rapport aux droits d'aînesse » et prérogatives que la coutume donne à » l'aîné mâle dans les fiefs et *anciens ma*» *noirs* (1). Antoinette de La Croix, sa » tante, qui était sœur de Jean, père du » représentant, lui contesta sa prétention.... » Par arrêt du 5 mai 1704, au rapport de » M. Le Fouin, on adjugea audit Louis de » La Croix tous les biens patrimoniaux, » tant fiefs qu'anciens manoirs et héritages » n'aurait eus son père, s'il avait vécu ».

Le troisième arrêt est rapporté, en ces termes, par Roussel de Bouret : « On assimile, » par le Rappel, notre coutume à celles qui ad» mettent la représentation; et dans ce cas, » il faut tenir avec Hébert, en son manuscrit, » sur l'art. 93, que le représentant a tous les » droits qu'aurait eus la personne représen» tée, *quoad gradum et quoad personam*, et » jouit par conséquent du droit d'aînesse qui » aurait appartenu au défunt représenté, ainsi » qu'il a été jugé par l'arrêt des Catouillart, » du 30 juillet 1734, infirmatif d'une sentence » du conseil d'Artois, du 15 février 1734 (1) ».

Par le quatrième, rendu à Douai, et que j'ai rapporté à l'article *Institution contractuelle*, §. 6, n° 9, il a été jugé, dans les coutumes de la gouvernance de Douai et d'Artois, que la petite-fille d'une aînée devait avoir, en vertu du Rappel écrit dans le contrat de mariage de sa mère, les mêmes droits d'aînesse dans la liquidation de sa légitime, qu'aurait eus la mère elle même, si elle eût vécu. Il est vrai que cet arrêt a été, comme nous l'avons dit au même endroit, réformé en révision; mais il ne l'a été que parceque la clause de Rappel était conçue dans des termes qui laissaient aux grand'père et grand'mère une liberté entière de disposer de leurs biens.

Ces arrêts ne sont pourtant pas aussi contraires au sentement de Guyné qu'ils le paraissent au premier abord; ils ne font que confirmer une exception qu'il y apporte lui-même : telle est du moins l'idée qu'on s'en formera, si l'on suppose que le Rappel stipulé par contrat de mariage, emporte institution contractuelle, tant pour l'enfant qui se marie, que pour ses enfans à naître qui en sont l'objet direct.

En effet, Guyné convient que les enfans d'un aîné qui a été institué contractuellement, doivent profiter du droit d'aînesse; et voici les raisons qu'il donne de cette différence d'avec le cas d'un Rappel ordinaire :

« Lorsqu'un père, par le contrat de mariage de son fils aîné, le déclare son héritier, et que, par ce moyen, il assure le droit de ce fils aîné à ses enfans à naître, *cet aîné qui*, par *lui-même*, a *la capacité* et *l'habileté* nécessaires *pour recueillir* cette institution, n'ôte le droit à personne lorsqu'il prédécède; le droit qui lui était acquis irrévocablement, passe en la personne de ses enfans, sans qu'il soit au pouvoir de leur aïeul de le révoquer, parceque ses enfans ne le tiennent pas de la main de leur aïeul; mais il leur advient par le décès de leur père, à qui il était acquis; de sorte que, quand l'aïeul décède, ce préciput ne fait plus partie de sa succession, et celui qui remplit lors la place de l'aîné, ne l'y trouve plus.

(1) *V.* l'article *Manoir*.

(1) L'auteur ne dit pas que le Rappel dont il s'agissait dans l'espèce de cet arrêt, eût été stipulé par contrat de mariage; mais je vois, par des notes particulières, qu'il l'avait été réellement ainsi.

» Mais dans l'espèce présente, lorsqu'après le décès du fils aîné, le père veut rappeler ses petits-enfans, comme le droit d'aînesse est déjà acquis au second fils, il n'est plus au pouvoir du père de l'en dépouiller, pour le transmettre, par la voie du Rappel, en la personne de ses petits-enfans ».

Tout cela est spécieux, mais uniquement fondé sur une méprise. Güyné croit que les enfans de l'institué contractuellement succèdent à leur aïeul par droit de transmission; c'est une erreur que nous avons refutée à l'article *Institution contractuelle*, §. 12, n° 8; nous y avons fait voir que la substitution vulgaire tacite est le seul titre que les petits-enfans puissent réclamer pour venir, en qualité d'héritiers contractuels, à la succession de leur aïeul. Ainsi, on ne peut pas dire, du droit d'aînesse, *qu'ils ne le tiennent pas de la main de leur aïeul, mais qu'il leur advient par le décès du père;* il est également faux que ce droit ait été acquis à celui-ci de son vivant; par conséquent, nulle raison de distinguer à cet égard l'institution contractuelle d'avec le Rappel, quel que soit l'acte qui donne l'être à celui-ci; et si les petits-enfans profitent du droit d'aînesse en vertu de l'une, point de doute qu'ils ne doivent pareillement jouir en vertu de l'autre.

Il y a plus : la simple institution contractuelle ne donne pas le droit d'aînesse aux petits-enfans. On l'a ainsi jugé par trois arrêts rapportés à l'article cité, §. 6, n° 3, sur le fondement que les petits-enfans n'ont, en ce cas, qu'une vocation tacite; que c'est déjà beaucoup de présumer que leur aïeul ait voulu les instituer au défaut de leur père; que ce serait abuser des présomptions, que d'aller jusqu'à dire qu'il leur a transféré le droit d'aînesse, et qu'alors leurs oncles peuvent leur dire, avec la loi 193, D. *de regulis juris : nobis expressa nocent, non expressa non nocent.* Le rappel, au contraire, contient une vocation expresse de leurs personnes; il éloigne l'obstacle que la coutume mettait à leur admission à l'hérédité, il leur imprime la qualité d'héritiers légitimes; en un mot, il les rend ce qu'ils seraient dans les coutumes de représentation légale, coutumes où les petits-enfans profitent sans difficulté du droit d'aînesse dans la succession de leur aïeul.

D'après cela, que le Rappel soit écrit dans un testament ou dans un contrat de mariage, la chose est égale; il ne peut avoir ni plus ni moins d'effet dans un cas que dans l'autre. Ce n'est point du titre qui l'établit, que ces effets dérivent : c'est de la vertu qu'il a de faire un héritier légitime; et cette vertu est la même dans une disposition testamentaire que dans une disposition contractuelle.

ART. V. *Le Rappel est-il révocable au gré de l'aïeul qui l'a accordé à ses petits-enfans?*

Cela dépend de la nature de l'acte qui contient le Rappel.

Si c'est un testament, il est clair que rien n'en peut empêcher la révocation. Si c'est un contrat de mariage, l'irrévocabilité n'en peut être douteuse.

Mais que faut-il décider, lorsqu'il est fait par un acte revêtu de toutes les formalités d'une donation entre-vifs, c'est-à-dire, passé devant notaires, accepté et insinué?

Ricard trouve cette question très-difficile : cependant elle paraît infiniment simple, dès qu'on la rapproche du principe, qu'un pacte sur une succession future, n'est point obligatoire : ce principe ne souffre d'exception qu'en faveur des contrats de mariage et de quelques autres actes dont nous avons parlé aux mots *Institution contractuelle;* il conserve donc sa force dans le cas d'un Rappel simple; et conséquemment il doit toujours être permis à un aïeul qui a rappelé ses petits-enfans par un acte ordinaire, de révoquer sa disposition, et de les replacer aux termes de la coutume. Nous trouvons dans les notes de Brodeau, sur Louet, lettre R, §. 57, un arrêt du 4 avril 1626, qui l'a ainsi jugé.

La question de savoir si l'irrévocabilité d'un Rappel par contrat de mariage, lui donne le caractère d'une *Institution contractuelle*, a été traitée sous ce mot, §. 6, n° 8. Nous y avons établi que les arrêts du parlement de Douai ont toujours jugé pour l'affirmative, mais que la dernière jurisprudence du parlement de Paris est en faveur de l'opinion contraire.

Voici un arrêt de la première de ces cours, qui porte sur un cas particulier.

Jacques Wion et Marie-Marguerite Hugo s'étaient mariés à Raimbaucourt, gouvernance de Douai, le 8 octobre 1700 : leur contrat de mariage portait, entre autres clauses, « que le survivant des deux conjoints demeurerait en tous les biens meubles, et serait » viager des immeubles portés et succédés » par le premier mourant ».

De ce mariage sont nés un fils et deux filles.

Marie-Thérèse Wion, l'aînée de celles-ci, épousa, le 17 avril 1728, Pierre-Charles de Bruille.

Charles Wion parut seul au contrat de mariage; Marie-Marguerite Hugo, sa femme,

n'y intervint point. Ce contrat, après avoir réglé les apports respectifs des deux parties, contenait deux clauses dont les termes sont importans :

« Si les futurs marians, après le décès de leurs père et mère, veulent prétendre à leur hérédité, ils seront tenus de rapporter à la masse commune leurs portemens ci-dessus, ou la valeur d'iceux, comme feraient leurs frères et sœurs pour partager également.

» S'il y a des enfans procréés de cedit mariage, ils représenteront les chefs de leurs père et mère, en matière de succession, ce que lesdits Charles de Bruille (père du futur époux) et Jacques Wion ont accordé avoir lieu ».

Marie-Thérèse Wion est morte avant son père et sa mère, et a laissé plusieurs enfans.

Le 11 mars 1740, son père et sa mère ont fait un testament conjonctif, par lequel, après s'être réservé la faculté de le changer, soit de concert, soit séparément, ils ont 1° confirmé la disposition que faisait leur contrat de mariage de tous les meubles de leur communauté, en faveur de celui des deux qui survivrait à l'autre; 2° partagé leurs immeubles par tiers entre leur fils, leur fille cadette, et les enfans de leur fille aînée; 3° donné aux deux premiers tous leurs meubles et effets mobiliers, à l'exclusion des troisièmes.

La mort de Jacques Wion a suivi de près ce testament. Par là, sa succession mobilière a été irrévocablement acquise à sa femme; et ses biens fonds ont été dévolus pour un tiers à son fils, pour un tiers à sa fille, et pour un autre tiers à ses petits-enfans.

Le fils est décédé peu de temps après, et a laissé sa sœur unique héritière de sa part dans la succession immobilière de son père.

Le 8 février 1744, Marie-Marguerite Hugo, veuve de Jacques Wion, a marié la fille qui lui restait; et, par son contrat de mariage, elle lui a donné cinq rasières de terres, une somme de quatre cent cinquante florins, la maison qui lui servait de demeure; et elle l'a instituée son héritière mobilière universelle.

Marie-Marguerite Hugo est morte en 1745.

A cette époque, Pierre-Charles de Bruille, en sa qualité de tuteur des enfans que lui avait laissés Marie-Thérèse Wion, a attaqué les donations et l'institution mobilière portée au contrat de mariage de sa belle-sœur, comme faites au préjudice de l'institution que le sien renfermait en faveur de sa femme et de ses enfans; en conséquence, il a demandé la moitié de tous les biens meubles et immeubles qu'avait laissés Marie-Marguerite Hugo.

La contestation portée à la gouvernance de Douai, sentence est intervenue le 22 juin 1746, qui a adjugé à Pierre-Charles de Bruille les conclusions de sa requête.

Appel au parlement de Flandre.

Les moyens qu'on opposait à Perre-Charles de Bruille sont retracés dans un mémoire imprimé que nous avons sous les yeux. On y établissait deux propositions :

L'une, que le Rappel accordé par Jacques Wion aux enfans de la fille aînée, ne formait point une institution contractuelle;

L'autre, que, quand même ce Rappel eût formé une institution contractuelle de la part de Jacques Wion, il n'en eût pas été de même à l'égard de Marie-Marguerite Hugo, sa femme, qui n'avait point paru au contrat de mariage.

Pour justifier la première proposition, on répétait tout ce qu'ont dit les auteurs qui n'ont cru voir qu'un réglement *ab intestat* dans le Rappel stipulé par contrat de mariage.

De son côté, Pierre-Charles de Bruille faisait valoir les moyens communément employés pour le parti contraire, et il ajoutait que le Rappel accordé à ses enfans, n'était pas simple, mais qu'il était accompagné d'une promesse d'égalité, puisque leur mère avait été chargée de rapporter sa dot à la succession, *comme feraient ses frère et sœur pour partager également.*

« Ce raisonnement (répondait-on) n'est qu'un mauvais sophisme. Le contrat de mariage de l'intimé contient deux clauses qui n'ont rien de commun entre elles : l'une est relative à sa femme; l'autre l'est à ses enfans. Par la première, la femme est obligée à un rapport dont la coutume la dispensait expressément, et qui ne tend qu'à lui ôter, sur son frère et sa sœur, un avantage injuste; par la seconde, les enfans sont rappelés au degré de leur mère, non pour prendre une part égale, mais *comme en matière de succession*, et conséquemment par forme de représentation *ab intestat.*

» Il est certain qu'un rapport ordonné dans une coutume où il n'est pas de droit, avec la clause *pour partager également*, n'équivaut point à une institution contractuelle. Cette clause n'est relative qu'à la nécessité de rapporter, elle n'est établie que pour mitiger la rigueur de la coutume; c'est une précaution prise contre le futur époux même; et l'on voudrait la convertir en une stipulation avantageuse pour lui? Le père ne l'a ordonnée que pour ne pas nuire à ses autres enfans, et l'on prétendrait qu'il s'est lié envers celui qu'il en a chargé » !

Sur la seconde proposition, Pierre-Charles de Bruille disait qu'à la vérité, la mère de sa femme n'était point intervenue au contrat de mariage par lequel le Rappel avait été stipulé, mais que son mari l'ayant accordé tant pour elle que pour lui, elle avait contracté, par l'acceptation qu'elle avait faite ensuite de sa succession mobilière, l'obligation de remplir toutes ces promesses, et par conséquent d'entretenir l'institution contractuelle dont il avait gratifié ses petits-enfans.

La réponse qu'on faisait à ce moyen était fort simple.

« Dans le droit (disait-on), le mari ne peut pas disposer de la succession de sa femme. La coutume de la gouvernance de Douai lui permet bien de vendre, donner et aliéner entre-vifs tous les héritages qu'elle lui a apportés, ou qui lui échoient pendant le mariage; mais on ne trouvera nulle part que cette loi lui permette de tester pour elle : or, une institution contractuelle n'est pas autre chose qu'un *testament irrévocable*.

» Dans le fait, il est constant que le mari n'a accordé le Rappel que pour lui seul; la clause qui en contient la stipulation, ne parle nullement de sa femme; il n'est fait mention de celle-ci que dans la clause qui établit le rapport; mais on a démontré plus haut, que la stipulation du rapport n'emporte pas institution contractuelle ».

Sur ces différentes raisons, le parlement de Flandre a rendu, au rapport de M. de Taffin de Baudigny, un arrêt dont le dispositif, les circonstances et les motifs sont consignés dans une note écrite par M. Gouillart de la Feuillie, l'un des juges, au bas du mémoire cité. Voici ce qu'elle porte : « Arrêt, rendu le 14 juillet 1747, qui infirme la sentence. Il a été » rendu de toutes les voix, à l'exception de » celles de MM. Berguettes, de la Feuillie, » et Marescailles. Pour l'arrêt, MM. le rapporteur, Turpin, de Roisin, de Busschop, » de Séricourt, de Forêt de Quantdeville, » Cambier, et le premier président. *Tous les* » *juges sont convenus qu'il y avait une insti-* » *tution contractuelle*, et le plus grand nombre, qui a été de l'avis de l'arrêt, s'est déterminé par le principe que le mari qui, par » son contrat de mariage, avait donné tous » les biens à sa femme en cas de survie, n'avait pu en disposer valablement dans le » contrat de mariage de ses enfans ».

Il est à croire qu'on eût jugé autrement, si le mari eût accordé le Rappel, tant pour sa femme que pour lui. (*V.* l'article *Institution contractuelle*).

Le même arrêt a jugé une autre question que nous n'avons pas encore traitée.

Pierre-Charles de Bruille disait que, si le Rappel stipulé par Jacques Wion, ne pouvait pas avoir d'effet dans la succession de Marie-Marguerite Hugo, au moins ses enfans devaient profiter de celui que Marie-Marguerite Hugo avait stipulé elle-même dans le contrat de mariage de sa seconde fille; qu'à la vérité, ce Rappel n'était accordé qu'aux enfans de celle-ci; mais que, suivant les principes exposés ci-devant, art. 3, il se communiquait aux enfans de la fille aînée, et que, puisqu'il en résultait une institution contractuelle pour les premiers, on devait en faire dériver le même effet pour les seconds.

Ce moyen n'a fait aucune impression sur les juges. On l'a réfuté par ce passage de Lebrun : « Il faut pourtant prendre garde que » le Rappel d'une branche, en ce qu'il est » communicable à l'autre, ou que le Rappel » du petit-fils d'une branche, en ce qu'il est » communicable aux petits-fils de la même » branche, est toujours révocable, c'est-à-» dire, que les autres branches ou les autres » petits-fils ne participent au Rappel, que » quand le père n'ordonne rien de contraire, » pendant sa vie : car, comme ils n'y partici-» pent que *ex præsumptâ voluntate*, la vo-» lonté expresse prévaut sur la volonté ta-» cite ».

§. II. *Du Rappel en ligne collatérale.*

On distingue deux espèces de Rappel en ligne collatérale : le Rappel *intrà terminos juris*, et le Rappel *extrà terminos juris*.

Le premier est celui qui a pour objet des neveux ou des nièces. Il est appelé *intrà terminos juris*, parcequ'il est conforme au droit romain et à l'usage le plus général, qui admet les neveux et les nièces à succéder par représentation.

Le second est le Rappel des parens plus éloignés, comme des petits-neveux, des arrière-petits-neveux, etc. Il est appelé *extrà terminos juris*, parceque ces personnes ne sont pas admises à la représentation par le droit commun.

Pour suivre ici le même ordre que dans le §. précédent, nous examinerons

1° Si le Rappel en ligne collatérale est admis dans toutes les coutumes qui excluent la représentation dans cette ligne;

2° Par quels actes il peut être établi;

3° S'il se communique d'une branche ou d'une personne à une autre;

4° Quels sont les effets qui en résultent pour ceux qui en sont l'objet;

5° S'il est révocable, et si la révocation s'en fait de plein droit par le prédécès de ceux avec qui il tendait à faire concourir les rappelés.

ART. I. *Le Rappel en ligne collatérale est-il admis dans toutes les coutumes qui excluent la représentation dans cette ligne?*

I. On a vu ci-devant, §. 1, art. 1, qu'il est admis par les coutumes du bailliage et de la ville de Saint-Omer, et par celle de Mortagne.

Il l'est également par celle de Blois; voici ce qu'elle porte, art. 139 : « Représentation » n'a lieu en ligne collatérale si elle n'est ac» cordée par celui ou ceux de la succession » desquels il est question : ce qu'ils pourront » faire sans y appeler aucuns de leurs héri» tiers présomptifs ».

La coutume de Cambrésis et celle de Hautbourdin excluent pareillement la représentation en ligne collatérale; et l'on verra ci-après, art. 2, qu'elles permettent d'y remédier par le Rappel.

La coutume de Saint-Mihiel dispose de même. « En succession collatérale (dit-elle, tit. 5, » art. 15) de meubles, dettes, gagières, ac» quêts et conquêts faits hors ligne, en termes » de poste, représentation n'a lieu; ains ap» partiennent au plus prochain parent *ab in*» *testat, si doncques n'est qu'il y ait dis*» *position testamentaire au contraire* ».

Il en est autrement de la coutume de Montargis : elle permet, à la vérité, le Rappel, mais seulement avec le consentement des héritiers : « Représentation n'a point de lieu » en succession de ligne collatérale, sinon du » consentement de tous ceux qui y ont in» térêt ». Ce sont les termes dont elle se sert, chap. 15, art. 8; et, comme le remarque Dumoulin sur ce texte, le consentement qu'elle exige, ne peut être valablement donné que par des majeurs : *intellige consensum eorum qui sint majores 25 annis.*

II. Les autres coutumes n'admettent ni n'excluent le Rappel : doit-il avoir lieu dans leurs territoires, ou doit-on se tenir rigoureusement à la règle qu'elles ont établie, de déférer les successions aux plus proches parens? C'est ce que nous avons à examiner.

D'abord, on ne doute nullement que le Rappel ne soit admis partout, lorsque les parties intéressées y consentent. Ce seul consentement suffit, même après la mort de celui a qui l'on succède, pour donner lieu au principal effet du Rappel, c'est-à-dire, pour rendre héritier le parent plus éloigné que la loi excluait. C'est ce qui a été jugé dans la coutume de la châtellenie de Lille, par un arrêt du parlement de Flandre, dont voici l'espèce.

Maximilien Liber décède en 1688, laissant un frère, des sœurs, et des neveux issus d'un frère prédécédé. La coutume déférait tous les propres au frère, à l'exclusion des sœurs et des neveux. Cependant le frère veut bien les partager avec les unes et les autres. Le seigneur de qui relevaient les biens, vient dire que les sœurs et les neveux sont exclus de droit par le frère; qu'ainsi, c'est à titre de donataires de celui-ci qu'ils prennent part aux propres du défunt; et que par conséquent ils lui doivent le droit seigneurial. Les sœurs et les neveux répondent qu'ils ont recueilli à titre d'héritiers les biens dont il s'agit; que le frère ne leur a point fait de donation; qu'il a seulement renoncé au droit qu'il avait de succéder seul; qu'il n'a fait que lever l'obstacle qui les empêchait de concourir avec lui, et que, le retour au droit commun étant favorable, on ne doit pas faire difficulté de les considérer comme de vrais successeurs *ab intestat.* Par arrêt du 24 décembre 1696, rapporté par Desjaunaux, le seigneur a été débouté de sa demande.

Ainsi, point de difficulté lorsque l'héritier consent au Rappel, du vivant de celui à qui il s'agit de succéder, ou l'accorde lui-même après l'ouverture de la succession.

III. Mais que doit-on décider dans le cas où celui qui veut rappeler, a des héritiers qui refusent ou sont incapables d'y consentir?

Le droit commun est pour la faculté du Rappel; cependant il y a quelques coutumes où elle est contestée : ce sont principalement celles qui interdisent la disposition entre-vifs des biens propres, soit absolument, soit sans le consentement des héritiers présomptifs.

Le Camus d'Houlouve, sur la coutume de Boulonnais, tome 1, page 369, dit que « le » Rappel supplée en Boulonnais le défaut de » représentation, mais qu'il ne peut proprement avoir lieu qu'en ligne directe ».

On a cependant vu plus haut, §. 1, art. 4, que les commentateurs de la coutume d'Artois, dont les dispositions à cet égard sont les mêmes que celles de la coutume de Boulonnais, ne font aucune difficulté d'admettre le Rappel en ligne collatérale comme en ligne directe; et cet avis nous paraît plus exact et plus conséquent que l'autre : plus exact, parceque l'indisponibilité par acte entre-vifs n'est pas plus forte que l'indisponibilité testamen-

taire, et qu'ainsi les raisons qui ont fait admettre le Rappel par testament, dans les coutumes où les propres ne sont disponibles par cette voie que jusqu'à concurrence d'un quint, militent également pour le faire recevoir dans les coutumes qui étendent jusqu'aux actes entre-vifs la prohibition de disposer; plus conséquent, parceque la coutume de Boulonnais n'autorisant pas plus les dispositions des propres en ligne directe qu'en ligne collatérale, il n'est pas possible de donner une juste raison pourquoi l'on admettrait le Rappel dans l'une plutôt que dans l'autre.

IV. Ce que nous disons ici, ne s'entend que du Rappel proprement dit, et appelé *intrà terminos juris*; car personne ne doute que l'autre espèce de Rappel ne forme, comme on le verra ci-après, qu'un simple legs, et ne puisse valoir dans toutes les coutumes jusqu'à concurrence des portions des biens dont elles permettent de disposer. Ainsi, dit Lebrun, « dans la coutume de Montargis, l'on » interprète l'art. 8 du chap. 15, si favora- » blement pour ceux qui peuvent être rap- » pelés, que, si le Rappel leur manque, à » cause que les plus prochains refusent leur » consentement, celui des biens duquel il » s'agit, les peut récompenser par des legs ».

Il peut aussi les rappeler purement et simplement, et ajouter que, si son héritier ne veut point exécuter le Rappel, il leur lègue telle partie de biens ou telle somme d'argent. Cette alternative est d'un usage très-fréquent dans la coutume citée, et la légitimité en a été consacrée par un arrêt du 30 mai 1616, confirmatif de deux sentences rendues successivement à la prévôté et au bailliage de Montargis, les 18 octobre et 29 décembre 1614 : « *Licet* (dit l'Hoste, dans son commentaire) » que l'on alléguât que le legs était en fraude » de la loi *pœnæ nomine* ». (*V.* l'article *Peine testamentaire*).

Remarquez cependant que cette règle n'a lieu qu'autant que le testateur a fait un legs exprès : car s'il s'était borné à un Rappel, sa disposition, nulle comme telle, ne vaudrait pas comme legs. C'est ce qui a été jugé récemment dans l'espèce suivante.

Hélène-Julienne Delou a fait, le premier janvier 1766, un testament dans lequel deux dispositions sont à remarquer : « Et pour le » surplus de mes autres biens mobiliers ou » immobiliers, acquêts ou conquêts, à l'ex- » ception de mes propres qui appartiendront » à mes héritiers les plus proches, je les » donne et lègue à Marie-Louise-Jeanne De- » lon, ma parente et ma bonne amie, que » j'institue à cet effet pour ma légataire uni- » verselle. Mon intention est que les enfans » du feu sieur Boyer, marchand à Loret, » héritent de moi avec les autres héritiers, » à l'effet de quoi je les rappelle par mon » présent testament ».

Après la mort de la testatrice, les mineurs Boyer qui avaient été rappelés, ont formé au bailliage de Nemours, une demande en partage contre le sieur Marc, héritier de la légataire. Ils ont été déboutés de leur demande. Appel de la sentence au parlement de Paris.

M. l'avocat général d'Aguesseau, qui a porté la parole dans cette cause, a observé que la loi municipale des parties n'admettait point la représentation en ligne collatérale, à moins que les parties n'y consentissent. *Représentation*, dit l'art. 8 du chap. 15, *n'a point lieu en succession de ligne collatérale, sinon du consentement de tous ceux qui y ont intérêt.*

« Mais (a-t-il ajouté) elle ne proscrit point le Rappel nommément, et ce moyen répare le défaut de représentation. Le Rappel produit deux effets : si les rappelés sont *intrà terminos juris*, ils viennent comme héritiers; s'ils sont au contraire *extrà terminos juris*, ils ne viennent que comme légataires, *jure legati tantùm*.

» Dans l'espèce, il est convenu que les mineurs Boyer sont rappelés *extrà terminos juris*. Ces premiers principes posés, les difficultés disparaissent. Le Rappel répare le défaut de représentation : la représentation dans la coutume de Montargis, ne peut avoir lieu sans le consentement des parties intéressées, il en faut donc dire autant du Rappel.

» Or, il n'y a pas, dans l'espèce, le consentement requis par la coutume.

» Mais, ont dit les mineurs Boyer, d'après tous les auteurs et la jurisprudence de la cour, le consentement n'est requis que pour faire venir les rappelés à la succession comme héritiers; il est inutile pour donner au Rappel l'effet d'un legs.

» D'abord le Rappel fait *extrà terminos juris*, ne peut jamais produire que l'effet d'un legs. Or, la coutume de Montargis exige le consentement des parties intéressées pour opérer la représentation dont le Rappel est l'équivalent; il faut donc conclure *à pari* qu'elle exige ce même consentement pour donner au Rappel l'effet d'un legs.

» Ricard semble être d'un avis contraire; mais son opinion isolée est combattue par une foule d'autres auteurs célèbres, tels que Brodeau, Lebrun, Rousseaud de Lacombe, etc., et surtout par le texte et l'esprit de la cou-

tume, ne paraît pas devoir déterminer les suffrages en sa faveur.

» Les mineurs Boyer ont cité deux arrêts; mais ils n'ont pas été rendus dans des coutumes qui exigent le consentement des parties intéressées, ils l'ont été dans des coutumes locales de celle de Blois, qui ne contiennent point de dispositions semblables à celle de Montargis.

» Si la testatrice avait fait un legs aux mineurs Boyer, ce legs serait valable sans le consentement de ses héritiers; mais elle ne l'a pas fait. Voici l'ordre de ses dispositions: après plusieurs legs particuliers, elle dispose de tous ses acquêts et conquêts au profit de la demoiselle Delon. Ensuite par un codicille, elle rappelle les mineurs Boyer, pour succéder à ses propres avec ses autres héritiers. Ce Rappel est-il valable sans le consentement des parties intéressées? Voilà toujours où la vérité des principes force de revenir. Sans doute, la cause des mineurs est favorable, l'intention de la testatrice paraît avoir été de leur laisser une part de son hérédité. Mais enfin, la loi existe, et on ne peut qu'en réclamer l'exécution.

» On a cité la note de Dumoulin, sur l'art. 6 d'une coutume locale de Blois. Ce jurisconsulte, il est vrai, soutient, dans cette note, que le Rappel dans une coutume qui ne l'admet pas, a au moins l'effet d'un legs; mais il ne dit, dans cet endroit, ni dans aucun de ses écrits, que, dans une coutume où la représentation ne peut avoir lieu sans le consentement des parties intéressées, ce consentement ne soit pas nécessaire ».

Ainsi a parlé M. l'avocat général: et sur ses conclusions, il est intervenu, le 2 juillet 1781, un arrêt qui a confirmé la sentence.

V. On a vu plus haut, que les coutumes de Saint-Omer, de Mortagne, de Blois, de Cambresis, de Saint-Mihiel, permettent le Rappel indéfiniment. Mais leur disposition doit-elle être limitée aux termes de droit, ou s'étend-elle à tous les degrés de succession?

Lebrun propose cette question par rapport à la coutume de Blois, et voici comment il la résoud:

« Cette coutume, par des termes si généraux, semble permettre de rappeler toute sorte d'héritiers collatéraux, et laisser à la disposition de chacun de faire tel Rappel que bon lui semblera, même des degrés plus éloignés, au préjudice de ceux qui sont dans les plus proches degrés. Cependant il faut conclure avec Pontanus, que le Rappel ne pourra être fait que dans les termes de la représentation du droit, c'est-à-dire, au profit de neveux venant avec les frères, parceque, dans le doute, il faut se conformer, autant qu'il se peut, au droit commun.

» D'ailleurs, on doit être persuadé que c'est l'esprit de la coutume: car si l'ancien droit n'admettait aucune représentation en ligne collatérale, et si le nouveau droit l'a limitée aux enfans des frères venant avec leurs oncles, frères du défunt, il y a apparence, dit cet auteur, qu'une coutume qui rétablit la représentation en cette ligne, entend se conformer à ce nouveau droit et à l'authentique *post fratres*, C. *de legitimis heredibus*, à laquelle le droit commun du royaume s'est conformé.

» J'ajouterai seulement à cette raison que, dans le doute, on doit restreindre plutôt qu'étendre le droit de Rappel qui va à changer l'ordre des successions, avec cet exemple qui résulte d'un des arrêts que nous avons pour cette coutume de Blois, dont l'art. 155, admettant le double lien bien plus indéfiniment que l'art. 139 n'admet le Rappel, et disant qu'il a lieu en toute succession collatérale; néanmoins, par l'arrêt de Villebrames, rapporté par Dumoulin, sur cet art. 135, il a été jugé que le double lien n'avait lieu que jusqu'aux enfans des frères (1): tant l'explication qui conforme les choses au droit commun, est favorable!

» Enfin, il y a un autre exemple dans une des coutumes locales de Blois, et dans l'art. 6 du chap. 4 de la coutume de Lépuroux et Bouges, qui disent en général que, dans la coutume on n'use point de Rappel, et que la représentation y a lieu, ce terme général de *représentation* n'a été entendu que de la représentation du droit, suivant la note de Dumoulin sur cet article ».

ART. II. *Dans quelle forme doit être fait le Rappel en ligne collatérale?*

I. Le Rappel *intrà terminos juris* peut être fait par toutes sortes d'actes entre-vifs ou de dernière volonté, même par un billet sous seing-privé, en un mot, par tout ce qui peut servir, à la manifestation de la volonté de son auteur. C'est ce que nous avons établi ci-devant, §. 1, art. 2.

Mais il faut, pour cela, que l'acte dont on prétend l'induire, l'établisse clairement; car en cette matière, comme en toute autre, on ne doit pas dénaturer les dispositions de

(1) *V.* l'article *Double lien.*

l'homme, et en tirer des conséquences auxquelles il n'a pas pensé. C'est cependant ce qu'on prétendait faire dans une espèce rapportée par Lépine de Grainville.

Le sieur de Mespas avait fait donation entre-vifs au sieur de Lastre, son neveu, d'une maison, d'une ferme et de terres situées au village d'Hupelandre en Boulonnais. Les sœurs du sieur de Mespas s'étaient jointes à lui dans l'acte et y avaient aussi pris la qualité de donatrices. Les biens relevaient du duché de Bournonville; le sieur Cavero de Rieux, receveur de ce duché, demanda le quart-denier, en se fondant de l'art. 50 de la coutume, suivant lequel, « en matière de vendition, » donation ou aliénation d'héritages féodaux » ou cottiers, il est dû au seigneur pour ses » droits seigneuriaux..... pour les cottiers, » le quart-denier ».

Le sieur de Lastre s'opposa à cette demande, et soutint 1° qu'au moyen du concours de ses tantes, sœurs du donateur, qui s'étaient aussi rendues donatrices, il était devenu l'héritier apparent de son oncle; qu'ainsi, il ne devait point de droits seigneuriaux, puisque l'art. 50 même en exempte le *don entre-vifs* fait par le *propriétaire à son héritier apparent par avancement de succession;* 2° que la donation contenait en sa faveur un Rappel *intrà terminos juris;* ce qui lui avait donné un titre successif, et ne l'assujétissait par conséquent qu'à un simple relief.

Le premier de ces deux moyens, dit Lépine de Grainville, ne se trouva pas fondé, parcequ'il était prouvé que les héritages donnés étaient venus au donateur de la succession du père commun. Or, dans la coutume de Boulonnais, il n'avait appartenu aucun droit de propriété aux sœurs dans les héritages; elles avaient seulement quelques droits à exercer: ainsi, quoiqu'elles fussent parties dans l'acte, elles ne pouvaient pas être regardées comme véritablement donatrices.

A l'égard du second moyen, on n'eût pas besoin d'examiner si le Rappel en ligne collatérale, fait *intrà terminos juris*, devait être admis dans la coutume de Boulonnais, parcequ'il était préalable de décider si la donation contenait un Rappel; et on jugea que non, parcequ'il lui manquait deux caractères essentiels :

1° Le Rappel n'a d'autre effet que de faire concourir le plus éloigné avec le plus proche. Par la donation du sieur de Mespas, le neveu devait venir seul à la succession, à l'exclusion de ses tantes qui étaient plus proches : ainsi, c'était plutôt une donation d'une succession future, qu'un Rappel. Il n'était point question de savoir si la disposition était valable ou non.

2° Le Rappel est un titre universel; le rappelé vient à la succession. La donation, au contraire, ne portait que sur certains immeubles; elles pouvait valoir pour les biens dont elle disposait, mais elle ne donnait point droit au sieur de Lastre de venir au partage de la succession; il n'était donc point devenu héritier.

« Outre ces deux caractères (continue Lépine de Grainville), qui manquaient à la donation pour en faire un Rappel, il faut encore observer que, quoiqu'il n'y ait point de formule, ni de termes prescrits pour opérer le Rappel, il faut cependant pouvoir l'induire des expressions de l'acte, ainsi que de la substance; et l'expression de Rappel ni aucune autre équivalente ne s'y trouvaient employées.

» La donation ne contenant point de Rappel, il ne restait plus qu'une donation faite à un parent éloigné, du consentement de l'héritier apparent. C'est précisément une pareille donation qui donne ouverture au droit de quart-denier ».

Par arrêt rendu à la quatrième chambre des enquêtes, le 3 juillet 1730, le sieur de Lastres a été condamné au paiement du droit.

II. L'observation de Lépine de Grainville, qu'il n'y a point de formule ni de termes prescrits pour opérer le Rappel, est confirmée par un arrêt du 9 juin 1687, dont l'espèce est rapportée ci-après, art. 4. Il s'agissait de savoir si c'était un Rappel ou un legs qu'avait entendu faire un testateur, en déclarant qu'il laissait ses biens à son frère et à son neveu, pour être partagés entre eux également.

Pour établir que cette disposition n'avait donné au neveu que la qualité de légataire, et que sa part dans les biens du défunt lui avait tenu nature d'acquêt, on disait 1° que le testament ne contenait point le mot de *Rappel;* 2° que le frère et le neveu étaient compris dans une seule et même clause; et que, puisqu'il n'y avait et ne pouvait point y avoir de Rappel à l'égard du frère, il ne pouvait pas en être question pour le neveu; qu'en un mot, la portion échue au frère en vertu du testament, était sans difficulté un acquêt dans sa personne; et que la condition du neveu ne pouvait pas être différente, puisqu'ils tiraient l'un et l'autre tout leur droit d'une même disposition.

Ces raisons n'ont fait aucune impression sur les juges. La première n'était qu'une

vaine subtilité. La seconde était plus spécieuse; voici comment on l'a réfutée :

« Rien n'empêche que la disposition du défunt n'agisse différemment sur le neveu. La raison en est que ce qui produit les différens effets de cette disposition, est la différence des personnes : le frère du défunt était son héritier naturel et *ab intestat*, quant aux meubles et acquêts immeubles, et n'avait pas besoin de la disposition du testateur pour y succéder; ainsi, quand il a accepté la disposition faite à son profit, il a renoncé au bénéfice de la loi, et prenant tout de la main du testateur, c'est une disposition particulière qui n'est considérée que comme un legs en sa personne; et c'est là le cas véritable dans lequel on peut dire que le legs fait à l'héritier présomptif en collatérale, est acquêt.

» Mais il en est autrement par rapport au neveu : il ne pouvait venir à la succession des meubles et acquêts de son oncle que par la voie du Rappel; le silence de la coutume de Meaux imposait une nécessité absolue de rappeler, pour le rendre capable de succéder; ainsi, il avait besoin de la disposition de son oncle pour produire cet effet en sa faveur : mais, d'autre part, comme cette disposition ne fait que remettre les choses dans le droit commun, ce qui lui est advenu par cette voie, n'est, par un effet de la libéralité du sieur Poulet, qu'une exécution de la loi commune des successions qui veut que les neveux succèdent par représentation avec les frères de leur oncle.

» En un mot, c'est la coutume elle-même qui agit par le ministère du défunt; et c'est par cette raison que le Rappel produit en sa personne la qualité d'héritier, comme l'effet ordinaire et inséparable de la représentation dans les coutumes qui la reçoivent ».

III. Quelque constante que soit la maxime qui permet de rappeler un neveu ou une nièce par toute sorte d'actes, et sans employer les formalités requises, soit pour les testamens, soit pour les donations entre-vifs, il y a cependant une coutume dans laquelle on ne peut le faire que par le moyen d'un acte dont elle veut que toutes les dispositions de dernière volonté soient précédées ou suivies : c'est la coutume de Cambresis. Elle porte, tit. 3, art. 1, que « nul ne peut, par testa» ment, disposer de ses héritages, si ce n'est » en faisant les devoirs dûment pardevant loi » du lieu ou des lieux èsquels les héritages » sont situés ». Et par l'art. 13 du tit. 5, elle fait entendre très-clairement que le Rappel est soumis, comme le testament, à la nécessité de la déshéritance. Cet article déclare que « devoirs de représentation héréditaire, » passés pardevant loi, se peuvent faire en » termes généraux, sans spécification particulière des héritages, et sans désignation » d'abouts et tenans ».

On a cependant prétendu faire valoir dans cette coutume, un rappel testamentaire qui n'avait été ni précédé ni suivi de *devoirs de loi*. C'était dans la succession de la demoiselle Mairesse d'Hauprat, qui avait rappelé les enfans du sieur Wartelle d'Alloine, ses neveux, pour concourir avec le sieur Mairesse de La Viefville, son frère : on appuyait cette prétention sur le principe que le Rappel *intrà terminos juris* peut se faire par toute sorte d'actes; mais elle était trop contraire à la disposition textuelle de la coutume, pour être accueillie : aussi a-t-elle été rejetée par une sentence du bailliage de Cambrai, du 6 juin 1739, que j'ai entre les mains.

Il y a quelque chose de semblable dans la coutume de Haubourdin et Emmerin, locale de la châtellenie de Lille. Elle déclare, art. 17, que « représentation de neveux ou nièces, » faites sur un traité de mariage ou par dis» position pour venir représenter les chef et » corps de père ou mère terminés, en la suc» cession et hoirie des biens héréditaires gi» sans èsdites seigneuries et en mouvans, n'a » lieu, ne soit que lesdits traité ou disposition » soient passés ou reconnus pardevant jus» tice, fors que pour biens meubles ».

IV. On a remarqué ci-dessus que le Rappel ne peut avoir lieu dans la coutume de Montargis, que du consentement des parties intéressées.

Ce consentement n'exige aucune formalité particulière : il suffit qu'il soit constant pour assurer le droit du rappelé. Il a même été jugé, par une sentence du bailliage de Montargis, du 6 juin 1564, rapportée dans le commentaire de l'Hoste, que « ceux qui ont » intérêt au Rappel, sont présumés avoir » consenti, quand ils y ont été présens et se » sont tus ».

Ricard et Lebrun applaudissent à cette décision, et reprennent l'Hoste de l'avoir regardée comme contraire à l'apostille de Dumoulin sur l'art. 99 de la coutume de Vitry. En effet, Dumoulin établit seulement que le consentement des co-héritiers, requis par cette coutume pour qu'un père et une mère puissent avantager un de leurs enfans, doit être libre et exprès; ce qui paraît assez juste, si l'on considère que l'égalité entre les frères et les sœurs est toujours favorable, et que les

conditions apposées par la coutume de Vitry à la faculté qu'elle accorde d'y déroger, doivent plutôt être étendues que restreintes. « Mais » ici (dit Ricard) où il est question de la res» triction d'un droit doublement rigoureux, » puisqu'il ne se contente pas de rejeter la » représentation en un cas admis par le droit » commun, mais même lie la volonté de celui » de la succession duquel il s'agit, en sorte » qu'il la fait dépendre de celle de ses héritiers, » ou doit restreindre cette coutume tant que » l'on peut, et prendre pour consentement » le silence de celui dont il est requis ».

V. Lorsque ce consentement est donné par une femme mariée, faut-il qu'elle y soit autorisée par son mari?

Chopin, sur la coutume de Paris, liv. 2, tit. 1, nº 18, et après lui l'Hoste et Ricard, soutiennent que l'autorisation n'est pas nécessaire. Mais ils se fondent sur un faux principe. Ils prétendent que la femme est d'elle-même habile à contracter, et qu'elle n'a besoin d'autorisation qu'à cause de l'intérêt de son mari dans les actes qu'elle passe. Il n'est personne aujourd'hui qui doute du contraire. *V.* l'article *Autorisation maritale.*

VI. A l'égard du Rappel *extrà terminos juris*, c'est une question s'il peut être fait par un simple acte, comme le Rappel *intrà terminos juris*, ou s'il exige essentiellement les mêmes formalités que les dispositions à cause de mort.

On trouve dans les observations de Brodeau sur Louet, lettre R, §. 9, un arrêt du 28 février 1634, rendu par la coutume de Blois, qui a adopté le premier parti, en jugeant valable par forme de legs, un Rappel consigné dans une simple déclaration passée devant notaires.

Ricard suppose, à la vérité, que cette déclaration était revêtue de toutes les formalités requises pour un testament.

« Mais il est difficile (dit Guyné) d'admettre cette conjecture.

» 1º On ne présume pas volontiers contre l'usage, et dans l'usage on ne met pas dans les déclarations qui se font devant notaires, les termes ni les formalités requises pour la validité des testamens.

» 2º Cette présomption serait contraire à ce qu'en rapporte Brodeau : il dit qu'il s'agissait d'un Rappel fait, *non par testament; mais par un simple acte de déclaration passée devant notaires.* Une déclaration revêtue des formalités d'un testament, ne passerait pas pour un simple acte; ce serait un véritable testament ».

Mais cet arrêt peut-il former une règle générale, et doit-on s'en tenir à sa décision?

Guyné soutient l'affirmative; et, pour la justifier, il tâche d'établir que le Rappel *extrà terminos juris* n'est pas moins favorable que le Rappel *intrà terminos juris.* On trouvera ses raisons très-ingénieuses.

« La faveur (dit-il) qu'on a donnée au Rappel dans notre usage, n'est pas seulement fondée sur ce que c'est un moyen pour remettre les choses au droit commun; car s'il n'y avait pas d'autre raison, le Rappel ne devrait point être admis dans les coutumes qui ont exclu, par une disposition expresse, la représentation de la ligne collatérale : *nam in his quæ contrà juris rationem introducta sunt, non debemus sequi rationem juris.* Le droit commun, dans ces coutumes, étant d'exclure la représentation, on ne l'y devrait pas admettre, si ce n'était par un acte authentique qui pût lui-même contenir une juste et régulière disposition. Ce qui rend le Rappel favorable dans notre usage, c'est qu'il est introduit en faveur du sang et de la génération, comme a dit Duplessis; il est introduit en faveur de l'égalité que la plus grande partie de nos coutumes affectent de conserver entre les lignes; et cette faveur n'est pas moins grande pour les arrière-neveux que pour les neveux. Nous n'avons point en France, comme dans le droit civil, de loi générale qui ait borné l'effet de la représentation aux enfans des frères; anciennement on ne l'admettait point du tout; en plusieurs pays, elle n'est point encore reçue en collatérale; il est vrai que la plus grande partie la restreignent aux enfans des frères; mais cependant il y en a qui l'étendent jusqu'aux arrière-neveux; et un grand nombre l'admettent infiniment.

» Ainsi, il me paraît que la même raison du sang et de l'inclination naturelle qu'on a pour tous les proches sans distinction de degré, et la faveur de l'égalité entre les lignes, qui a fait recevoir favorablement le Rappel, par quelque acte qu'il soit fait, dans les coutumes qui rejettent expressément la représentation de la ligne collatérale, le doivent faire recevoir avec la même faveur, non-seulement pour les arrière-neveux, mais aussi pour ceux qui sont dans des degrés plus éloignés, sans distinction; et qu'on n'y peut pas admettre cette différence, sans introduire dans notre usage des principes différens dans une même matière, et ce d'autant plus, que nos coutumes n'ont requis les formalités et les termes fataux qu'elles ont introduits pour la validité des testamens, que dans la crainte de la surprise, *odio suggestionum;* ce qui

arrive souvent aux personnes mourantes, et qui n'est pas à craindre à l'égard des personnes qui ont une pleine capacité de contracter, et qui veulent, par des actes de cette qualité, établir une loi et un réglement dans leur famille ».

Il faut convenir qu'il règne dans cette opinion une dialectique solide et lumineuse. Cependant on ne pourrait pas l'admettre, surtout depuis l'ordonnance de 1731, sans renverser un point de jurisprudence très-constant, et auquel Guyné lui-même rend hommage. On verra ci-après que le rappel *extrà terminos juris* ne vaut que par forme de legs, qu'il est regardé comme une vraie donation à cause de mort, et qu'on ne lui donne d'effet qu'en substituant par fiction les termes, *je lègue* ou *je donne*, aux mots *je rappelle*, ou autres équivalens, dont le défunt s'est servi. Or, on ne peut ni léguer, ni donner à cause de mort, ni disposer d'une succession future, si ce n'est par un testament en bonne forme, ou par un contrat de mariage. Donc il est impossible de rappeler sans l'une ou l'autre voie. C'est l'avis de Ricard, de Lebrun et de Pothier.

[[VII. Avant le Code civil, des enfans pouvaient-ils, en partageant les successions de leur père et mère dans les coutumes exclusives de représentation en ligne collatérale, stipuler valablement le rappel de leurs enfans respectifs aux successions de ceux d'entre eux qui viendraient à mourir sans postérité?

Pourquoi ne l'auraient-ils pas pu? Une pareille convention rentrait visiblement dans le cas de la loi 30, C. *de pactis*, qui déclarait obligatoires, entre les héritiers présomptifs, les pactes qu'ils avaient faits sur la manière de partager une succession non encore ouverte, à laquelle ils étaient appelés, lorsque celui à qui il s'agissait de succéder, y avait donné son consentement exprès, et qu'il n'avait pas révoqué ce consentement avant sa mort.

Et c'est ce qu'a jugé un arrêt du conseil souverain de Mons, du 16 avril 1791, dont voici l'espèce telle que je l'ai extraite des pièces de la procédure.

Le 6 novembre 1763, partage de la succession de Pierre-Joseph Pitteurs entre ses quatre enfans, Léopold, Jean, Jean-Joseph et Jeanne-Catherine (celle-ci stipulant par l'organe de Jean-François Leclerc, son mari), avec la clause expresse « que, s'il leur survenait quelque succession collatérale, et que » l'un ou l'autre desdits co-partageans vînt à » décéder avant l'ouverture de telle succession, laissant enfans vivans, en ce cas, la » représentation aurait lieu; à quoi lesdits » co-partageans ont expressément et nommément obligé leurs personnes et biens ».

Deux des co-partageans, Jean et Jean-Joseph, meurent quelque temps après, laissant chacun des enfans.

En 1787, décès de Léopold, qui n'avait pas été marié.

Sa sœur Jeanne-Catherine se met en possession de tous les immeubles de la succession, et prétend se les approprier à l'exclusion de ses neveux, enfans de Jean et de Jean-Joseph, attendu que, dans le chef-lieu de Mons dont la coutume régit ces biens, la représentation n'a pas lieu en ligne collatérale (1).

En 1788, les enfans de Jean et de Jean-Joseph la font assigner devant le conseil souverain de Mons, pour voir dire que, d'après la convention insérée dans le partage de 1763, ils seront admis à représenter respectivement leurs pères; et qu'en conséquence, elle sera condamnée à leur délaisser *les quatre cinquièmes* des immeubles provenans de leur oncle Léopold.

Jeanne-Catherine répond que la convention de laquelle excipent ses neveux, est nulle comme ayant trait à des successions futures; et elle compte tellement sur ce moyen, qu'elle ne prend pas même le soin de faire observer que, si la demande formée contre elle par ses neveux, était fondée, ce ne serait pas les *quatre cinquièmes*, mais seulement les *deux tiers* des biens qu'elle devrait leur abandonner.

Mais par l'arrêt cité, le conseil souverain de Mons « conclud de déclarer les demandeurs » non plus avant fondés dans leurs fins et » conclusions qu'à représenter Jean Pitteurs » pour un tiers, et Jean-Joseph Pitteurs pour » un autre tiers, *dans la succession* immobilière de Léopold Pitteurs; condamner la » défenderesse à les leur laisser suivre avec » fruits perçus depuis la mort dudit Léopold » Pitteurs, et aux dépens, sauf un tiers de la » *consulte* (des épices) à la charge des demandeurs ».

ART. III. *Le rappel en ligne collatérale se communique-t-il, comme en ligne directe, d'une personne ou d'une branche à une autre?*

La coutume de Blois est la seule qui ait prévu cette Question, et elle l'a décidée pour la négative: « *Item* (dit-elle, art. 140), doré-

(1) *V.* l'article *Représentation (droit de)*, sect. 2, §. 7, n° 40.

» navant, représentation accordée, en ligne » collatérale, à un parent, profite à celui auquel elle aura été accordée seulement, et » non à autres qui sont en pareil degré »,

Dumoulin trouve cette disposition singulière : *Ista est mirabilis potestas uni soli et suâ cellulâ vel uni ex pluribus cellulis gratificandi.*

Mais doit-elle être étendue aux autres coutumes qui excluent pareillement la représentation en ligne collatérale?

On cite, pour l'affirmative, l'arrêt 224 du recueil de Levest; mais Ricard prouve très-clairement qu'il n'a rien jugé sur cette Question; et il la résoud lui-même par une distinction. Voici de quelle manière il s'explique, nº 43 :

« L'oncle ayant déclaré que sa volonté n'est pas d'approuver la disposition de la coutume, mais de remettre la succession au droit commun, par le Rappel qu'il a fait d'un de ses neveux, ou de plusieurs dont le père était alors décédé, j'estime que, si quelques-uns de ses autres frères ou sœurs viennent à décéder depuis, leurs enfans doivent jouir de l'effet du rappel fait à l'égard des premiers, et qui en avaient besoin, lorsque leur oncle de la succession dont est question, a fait son testament ou autre acte portant le Rappel, par la présomption de la volonté de celui de la succession dont il s'agit, et en faveur de ce que les choses, par ce moyen, sont remises au droit commun.

» Mais lorsque la volonté paraît contraire, et qu'il se voit que l'intention de celui qui fait Rappel, a été de rappeler les uns et de délaisser les autres, j'estime que les non rappelés ne doivent point profiter du Rappel qui a été fait des autres : comme, par exemple, si le frère de celui qui dispose, étant décédé, a laissé plusieurs enfans, et que l'oncle rappelle les uns et ne fasse point mention des autres; de même s'il y a plusieurs frères décédés avant le Rappel, et que par icelui il n'y ait que les enfans de l'un rappelés, si celui qui le fait et qui dispose de sa succession, savait bien le décès de l'un aussi bien que de l'autre, et qu'il ait laissé les uns pour rappeler les autres, je ne vois pas qu'il y ait lieu d'étendre ce Rappel; car tant s'en faut qu'on puisse dire que sa volonté a été de rappeler tous ses neveux, qu'au contraire il paraît qu'ayant eu le temps de le faire, y ayant songé, il a expressément rappelé les uns et négligé les autres; ce qui donne lieu de croire qu'il y a eu une prédilection particulière pour ceux qu'il a choisis, et qu'il n'a point entendu faire une disposition générale, puisqu'il lui eût été facile de rappeler ses neveux en général, ou bien de nommer les uns aussi bien que les autres ».

C'est par la faveur du Rappel *intrà terminos juris*, c'est à cause du retour au droit commun qui en résulte, c'est enfin parcequ'on ne le considère pas comme une disposition proprement dite, qu'on s'est déterminé, dans le cas du premier membre de cette distinction, à l'étendre d'une personne ou d'une branche à une autre; car cette extension est, par elle-même, contraire aux vrais principes. Les dispositions de l'homme ne s'établissent point par conjectures; il faut qu'elles soient claires et formelles, surtout lorsqu'elles tendent à déroger à la loi municipale.

Aussi ne porte-t-on pas cette extension jusqu'au Rappel qui ne vaut que par forme de legs. Il y en a deux arrêts, l'un du parlement de Paris, du 7 juillet 1565, rapporté par Levest, nº 224, et expliqué par Ricard, nº 44; l'autre du conseil souverain de Brabant, du 11 mars 1653, cité à l'article *Legs*, §. 7, nº 3.

ART. IV. *Quels sont les effets du Rappel en ligne collatérale, lorsqu'il est fait dans les termes de droit?*

I. On a vu ci-devant, que le Rappel en ligne directe opère, à l'égard des petits-enfans, les mêmes effets que la représentation légale. Il en est de même du Rappel en ligne collatérale, par rapport aux neveux.

Ainsi, les neveux rappelés succèdent à leur oncle, en qualité d'héritiers, et prennent, à l'encontre de ses frères et de ses sœurs, la même portion qu'aurait prise leur père.

C'est ce qu'a jugé un arrêt du 7 septembre 1564, rendu dans l'ancienne coutume de Paris, et dont voici l'espèce, telle qu'elle est rapportée par Papon, liv. 21, tit. 1, nº 20.

Le sieur de Merle de Beaubourg, ayant une sœur et des neveux, fils d'une autre sœur décédée, entre lesquels se trouvait le président de Thou, avait donné à ceux-ci, « par donation simple et irrévocable, tout ce qu'il pouvait, par la coutume, *nempè*, tous ses meubles et conquêts immeubles, et le Quint des propres; plus, les avait rappelés à sa succession, et avait voulu qu'ils vinssent à partage par représentation de leur mère avec sa sœur, à laquelle, pour cette cause, il voulut que tel contrat fut signifié; ce qui avait été fait ».

Depuis, il avait fait un testament par lequel il déclarait persister dans sa volonté, quant au Rappel, et il l'avait fait signer par sa sœur.

Après sa mort, celle-ci soutint que la donation était nulle, par la règle *donner et re-*

tenir ne vaut ; que la maxime *institution d'héritier n'a point de lieu*, empêchait le testament d'imprimer aux neveux la qualité d'héritiers ; qu'elle ne l'avait signé que pour ne point encourir l'inimitié du défunt, et dans la persuasion que sa signature ne l'obligeait à rien ; que, du reste, les lettres de rescision dont elle s'était munie à cet égard, devaient opérer en sa faveur une restitution pleine et entière.

Par arrêt *prononcé en robes rouges*, et conséquemment rendu sur la question de droit dégagée de toute circonstance particulière, « la cour, en tant que touche lesdits moyens » de nullité, ordonne..... et faisant droit au » principal, et sans avoir égard auxdites re» quêtes et lettres présentées par la défende» resse, ordonne que inventaire, prisée et » estimation et partage seront faits de tous » et chacun les biens demeurés par le décès » de feu Louis de Merle de Beaubourg, et » auxdits demandeurs baillé telle portion qui » eût, en la succession dudit défunt, appar» tenu à feue demoiselle Claude de Merle, » mère desdits demandeurs, si elle eût sur» vécu audit défunt son frère ».

Trois ans après, la question se représenta dans la même coutume, et reçut, en apparence, une décision toute différente.

Nicolas d'Harquembourg était décédé sans enfans : Jeanne d'Harquembourg, sa sœur, prétendait recueillir tous ses biens.

Les enfans de son frère, mort avant lui, soutenaient au contraire, qu'ils devaient prendre, par représentation de leur père, la même portion qu'il eût prise lui-même, s'il eût vécu, puisque leur oncle les avait rappelés, en ordonnant qu'ils viendraient *par représentation à sa succession pour une tête.*

La sœur répliquait que le Rappel ne pouvait être d'aucun effet ; qu'il était contraire à la coutume, qui rejetait la représentation en ligne collatérale ; qu'à la vérité, le défunt avait pu disposer de ses acquêts par son testament, mais qu'il ne l'avait pas fait, que son testament était muet à cet égard, et qu'on pouvait dire de lui : *quod voluit non potuit, quod potuit noluit.*

Sur ces raisons, arrêt prononcé en robes rouges, à Pâques 1567, par lequel la sœur fut condamnée à faire délivrance aux neveux et nièces du quint des propres, *si aucuns y avait*, ensemble de la part des meubles et conquêts qui eût pu appartenir à leur père, en cas de survie à son frère.

Cet arrêt est-il vraiment contraire au précédent ? Ecoutons ce qu'en dit Renusson, *Traité des propres*, chap. 2, sect. 8, n° 31 :

» Il ne doit pas être considéré, en ce qu'il n'a pas donné aux neveux et aux pièces qui avaient été rappelés, droit de représenter purement et simplement leur père en la succession de leur oncle.

» Premièrement, il y avait cette circonstance particulière, que les neveux et nièces avaient, en quelque façon, témoigné vouloir se contenter de la part qu'avait pu avoir leur père dans les meubles et conquêts de leur oncle ; ils avaient même soutenu que le défunt n'avait que des meubles et acquêts.

» Il ne paraissait pas de propres ; c'est pourquoi ils ne se mirent pas beaucoup en peine de soutenir leur qualité d'héritiers, trouvant en celle de légataires les mêmes avantages pour les meubles et acquêts ».

Et sans doute l'arrêt n'a point été prononcé en robes rouges, pour établir que le Rappel *intrà terminos juris* n'est qu'un titre de pure libéralité, mais uniquement pour rendre plus solennelle la faculté de remédier, par cette voie, au défaut de représentation légale. Cela paraît d'autant plus vraisemblable, que la question de savoir si cette faculté avait lieu ou non, faisait toute la matière du procès.

« Quoiqu'il en soit (c'est encore Renusson qui parle), l'usage et la règle est que le Rappel donne droit de représentation et la qualité d'héritier, quand il est fait *intrà terminos juris communis*, et les personnes rappelées prennent la même part que leur père aurait prise s'il eût été vivant.

» En effet, la question s'en étant présentée depuis dans la coutume de Senlis, laquelle n'admet point de représentation en ligne collatérale, on a jugé que le Rappel opérait la représentation ».

L'arrêt dont veut parler ici Renusson, a été rendu *au rapport* de M. Bouguier, le 30 août 1614 ; et il a été prononcé en robes rouges, le 23 décembre suivant. En voici le dispositif, tel qu'on le trouve dans le recueil de M. Bouguier même : « Notredite cour, sans s'arrê» ter auxdites lettres, a mis et met l'appella» tion et sentence de laquelle a été appelé au » néant, sans amende : en émendant, a main» tenu et gardé, maintient et garde lesdits » appelans, comme ayant été rappelés au lieu » de leur mère, par le testament dudit Nico» las Godin, pour lui succéder avec Jean Go» din son frère, en possession et jouissance de » la moitié des biens meubles, acquêts et con» quêts immeubles et propres du côté pater» nel délaissés par le trépas dudit Nicolas » Godin, pour être lesdits biens partagés en» tre eux par moitié, sans dommages et in» térêts, et sans dépens. *Et sera le présent*

arrêt lu ès sièges de Senlis et Beauvais, pour avoir lieu ès cas semblables ».

Il a été rendu un arrêt semblable, le 9 juin 1687, dans la coutume de Meaux.

Charles Poulet, ancien avocat à Sézanne, avait, pour unique héritier de ses meubles et acquêts, Jacques Legrand, son frère utérin; Nicolas Legrand, son neveu, en était exclu par le défaut de représentation légale. Par un testament olographe, du 1er septembre 1668, il disposa de sa succession en ces termes : « Pour le surplus de mes biens, je le » laisse à mon frère Legrand et à mon neveu » Legrand, qui partageront également, et à » leurs enfans, en cas qu'aucun d'eux soit » décédé avant moi, pour les partager par » représentation ». Ce testament eut son exécution tout entière; Nicolas Legrand recueillit la moitié des meubles et acquêts de son oncle.

Il laissa, en décédant avant sa femme, deux enfans, savoir, un garçon nommé François, et une fille nommée Geneviève. Celle-ci épousa le sieur Colard, qui, après quelques années de mariage, poursuivit sa belle-mère en partage de la communauté qui avait existé entre elle et Nicolas Legrand.

Sur cette demande, la veuve prétendit retenir, à titre de conquêts, la moitié de tous les immeubles qui étaient échus à son mari par la succession de Charles Poulet; et elle obtint gain de cause, par sentence du bailliage de Meaux, du 29 octobre 1680.

Le sieur Colard interjeta appel de cette sentence, et soutint que les héritages dont il était question, avaient formé des propres dans la personne de Nicolas Legrand.

Pour établir cette proposition, le sieur Colard la divisait en deux parties. Il prouvait d'abord que le testament de Charles Poulet contenait un véritable Rappel au profit de Nicolas Legrand; ce qui n'était pas difficile (1). Il faisait voir ensuite que ce Rappel étant *intrà terminos juris*, il tenait lieu d'institution et non de legs; que Nicolas Legrand avait joui, en qualité d'héritier, de l'effet de cette disposition; que, par conséquent, les biens dont il s'agissait, lui avaient tenu nature de propres, et n'avaient pu entrer en communauté.

On opposait plusieurs objections à cette conséquence.

La principale était de dire qu'il n'y a que la loi et la coutume qui puissent faire un héritier; que la seule disposition de l'homme ne peut opérer cet effet; que c'est pour cela que la coutume de Meaux, art. 28, dit que « les » institutions d'héritiers n'ont point lieu au » préjudice des plus prochains habiles à succéder »; qu'ainsi, il n'est pas même au pouvoir d'un testateur de se faire, par le Rappel, un autre héritier que celui que la coutume lui donne.

Voici ce qu'on répondait à cette objection :

« Le Rappel qui est fait *intrà terminos juris*, est fort différent des autres dispositions. Il est vrai que les dispositions ordinaires de l'homme ne peuvent point faire un héritier; elles n'impriment régulièrement que la qualité de légataire dans ceux qui en sont l'objet, et leur étendue est limitée et bornée à ce dont il est permis de disposer par testament. Mais le Rappel qui est fait en faveur des neveux, n'est point, à vrai dire, une simple disposition de l'homme; il reçoit sa principale force de la loi; le testateur ne fait en cela que rétablir la disposition du droit écrit, et suppléer au silence de la coutume.

» Il ne fait que rendre à ses neveux le droit de représentation déjà introduit en leur faveur par le droit commun. Il n'est que l'interprète et le ministre de la loi. De là vient que cette disposition a son nom particulier, qui la distingue des autres dispositions testamentaires; de sorte que, quand un oncle rappelle son neveu, l'effet de sa disposition est de lui prêter, pour ainsi dire, la main pour le remettre à la place de son père ou de sa mère prédécédés, et recueillir les biens de la même manière que les aurait recueillis ceux qu'il représente.

» Si la coutume de Meaux, à l'exemple de quelques autres, a retenu l'ancien droit, qui n'admettait pas la représentation, si elle appelle le plus proche au partage des biens, c'est une loi qui peut avoir lieu quand il ne se trouve point de testament qui rappelle les neveux; mais cette loi n'empêche point le Rappel ni ses effets. Il faudrait pour cela qu'elle l'eût exclu précisément et expressément, et que même sa disposition fût conçue en termes prohibitifs. C'est ce qui se juge tous les jours en matière de douaire. Il y a plusieurs coutumes dans le royaume qui ne le donnent que viager à la femme; et cependant on peut, dans ces mêmes coutumes, le rendre propre aux enfans par une disposition expresse. Ainsi, tout ce qu'on peut dire sur les neveux dans la coutume de Meaux, est que d'elle-même elle n'empêche pas qu'un oncle ne leur donne cette capacité par la voie du Rappel, qu'elle n'a point prohibé.

(1) *V.* ci-devant, art. 2.

» Et ce qui marque sensiblement que c'est l'esprit de ces sortes de coutumes, c'est qu'encore qu'anciennement la représentation n'eût point lieu en France, et que, dans la première rédaction des coutumes du royaume, on se fût tenu à cet ancien droit, néanmoins les arrêts rendus avant la réformation de ces coutumes, l'y ont admise par la voie du Rappel, sur le fondement du droit écrit, qui la reçoit de plein droit en faveur des neveux; et ce Rappel a été traité d'autant plus favorablement, qu'il a toujours été en usage dans ce royaume, comme on le voit en plusieurs endroits de Marculphe, qui en rapporte la formule. En un mot, on en a trouvé l'usage si juste et si légitime, que, de toutes les coutumes qui ont été réformées depuis leur première rédaction, il n'y en a aucune qui n'ait admis la représentation en faveur des neveux, de sorte qu'il en serait vraisemblablement arrivé de même dans celle de Meaux, si elle eût été réformée comme les autres ».

Le sieur Colard ajoutait à ces raisons un moyen particulier, qu'il tirait des termes du testament : mais elles ont seules déterminé l'arrêt, et il a jugé la question *in thesi*. Voici ce qu'il porte :

« La cour, sur les appellations dudit Colard, » a mis lesdites appellations, sentence et ce » dont est appelé au néant; émendant, or» donne qu'il sera incessamment procédé par» devant le conseiller-rapporteur au partage » de la communauté qui a été entre ledit » défunt Nicolas Legrand et ladite Marand, » et que distraction sera faite au profit dudit » Colard et de François Legrand, son beau» frère, de tous les immeubles venus dudit » Nicolas Legrand, *par la succession* dudit » Charles Poulet, que de ceux qui étaient » propres audit défunt Poulet, que de ceux » qui lui étaient acquêts, *comme le tout » ayant été propre audit Legrand; en con*» séquence, a maintenu et gardé ledit Colard » en la possession et jouissance desdits pro» pres ».

Cet arrêt avait été précédé, dans la coutume de Meaux même, d'un autre, du 31 mai 1639, lors duquel on avait supposé comme certain ce qui faisait la matière de celui-ci. L'espèce en est remarquable; voici en quels termes la rapporte Bardet, tome 2, liv. 8, chap. 22 :

« Jean Clercelier ayant des sœurs et des neveux, enfans de défunt Pierre Clercelier, son frère aîné, fit son testament par lequel il rappela ses neveux à sa succession, non purement et simplement, mais légua plusieurs choses à Pierre Clercelier, son neveu, à la charge que, moyennant ce legs, il renoncerait à sa portion héréditaire au profit de ses sœurs, nièces du testateur.

» Après le décès de Jean Clercelier, procès se mut à Meaux entre ses sœurs et nièces, les sœurs prétendant que la portion de Pierre Clercelier, légataire de son oncle, était confuse et absorbée en la masse héréditaire et en toute la succession; et au contraire, les nièces, c'est-à-dire, les sœurs de Pierre Clercelier, soutenant que la portion héréditaire de leur frère leur appartenait entièrement. Ce qui fut ainsi jugé à Meaux, et les sœurs déboutées de leur demande. Elles en interjetèrent appel.....

» M. l'avocat général Bignon dit que....., si Pierre Clercelier était vivant, et qu'il fût héritier de Jean Clercelier, son frère, cela n'empêcherait pas Pierre Clercelier fils d'être légataire de son oncle. Le Rappel n'est pas moins favorable que la représentation, celle-ci procédant du bénéfice et providence de la loi, et celle-là de la volonté précise du testateur. Ce qui met la cause hors de toute difficulté, c'est que le droit d'accroissement n'a jamais lieu, sinon entre personnes qui succèdent par même voie et par même moyen, suivant la loi *ex duobus*, D. *de bonorum possessione contrà tabulas* (1). Ainsi il a été bien jugé.

» La cour mit l'appellation au néant, ordonna que ce dont était appel sortirait son plein et entier effet, néanmoins sans dépens ».

La question jugée par cet arrêt, ne pouvait souffrir aucune difficulté, d'après la déclaration du testateur, que Pierre Clercelier, légataire, renoncerait à sa portion héréditaire au profit de ses sœurs rappelées. Cela revient à ce que dit Pothier, *Traité des successions, chap. 2, sect. 3, §. 3.* Cet auteur propose la question de savoir si, lorsque le défunt n'a accordé le Rappel qu'à l'un des enfans d'un frère prédécédé, le rappelé doit avoir la portion entière qui aurait appartenu à son père, s'il eût survécu, ou seulement la part qu'il aurait eue dans la subdivision de cette portion, si ses frères et ses sœurs eussent été rappelés comme lui. Pour résoudre cette question, il distingue si le défunt a déclaré qu'il rappelait un tel, son neveu, pour succéder à toute la portion qu'aurait eue son père, ou s'il a dit simplement qu'il le rappelait.

Dans le premier cas, il est clair, dit Po-

(1) Cette loi est expliquée aux mots *Institution contractuelle*, §. 10, nº 9.

thier, que le rappelé doit avoir toute la portion qui appartient à sa ligne, si ses frères et sœurs étaient compris dans le Rappel.

Guyné décide la même chose pour le second cas; mais, continue Pothier, « j'aurais » de la peine à suivre son avis. Le Rappel a » l'effet de suppléer au défaut de la loi qui » n'a pas admis la représentation; il ne doit » donc accorder au rappelé que ce que lui aurait accordé la loi de la représentation, si la » coutume l'eût admise. Or, ce neveu ayant » des frères, la représentation ne lui aurait » pas accordé le total de la portion qu'aurait » eue son père, mais seulement une portion » virile dans cette portion : *putà*, s'ils sont » quatre enfans, il aurait eu le quart de cette » portion; les frères survivans doivent profiter du surplus, de même qu'ils auraient » profité du total de la portion du prédécédé, » si aucun des enfans du prédécédé n'eût été » rappelé; de même ils doivent profiter des » trois quarts de cette portion, lorsque trois » des quatre enfans de ce prédécédé n'ont » point été rappelés ».

Nous permettra-t-on d'observer que Pothier se contredit ici lui-même?

Il convient que *le Rappel doit accorder au rappelé ce que lui aurait accordé la loi de la représentation, si la coutume l'eût admise;* et ce principe est incontestable. Or, si, dans le cas de la représentation légale, il n'y a qu'un des enfans d'un frère prédécédé qui succède avec ses oncles et tantes, soit parceque ses frères et sœurs sont incapables, soit parcequ'ils ont renoncé, soit parceque le défunt les a déshérités, il est certain qu'il prend toute la portion qui aurait appartenu à son père, s'il eût survécu. Pourquoi n'en serait-il pas de même dans le cas du Rappel?

Il s'ensuivrait du système de Pothier, que, quand le défunt a déclaré expressément que le rappelé recueillera toute la portion qu'aurait eue son père, il faudrait regarder comme acquêt, dans sa personne, et même comme sujet tant à la demande en délivrance qu'aux réserves coutumières, ce qui excéderait la portion virile qu'il eût prise dans cette portion, lors de la subdivision qui s'en serait faite avec ses frères et ses sœurs, s'ils eussent été rappelés avec lui; et telle est en effet la conséquence que Pothier tire lui-même de son opinion; « Je penserais (dit-il) qu'en ce » cas, le Rappel donnant plus à ce neveu qu'il » n'en aurait eu par la représentation, si la » coutume l'avait admise, doit être considéré » comme un Rappel *extrà terminos juris* ».

Mais c'est une erreur que l'arrêt du 9 juin 1689 a prescrite de la manière la plus formelle, en déclarant propre dans la personne de Nicolas Legrand, la moitié entière qu'il avait recueillie de la succession de Charles Poulet, son oncle, en vertu du Rappel établi en sa faveur par le testament de celui-ci, quoiqu'il y eût d'autres neveux et nièces qui n'avaient point été rappelés, et qu'on se fît un moyen de cette circonstance.

II. Le Rappel *intrà terminos juris* donne-t-il aux neveux et aux nièces les droits d'aînesse ou de masculinité que leur père eût exercés dans les successions de leur oncle, si celui-ci l'eût prédécédé?

Cette question se rapporte, comme l'on voit, à deux sortes de coutumes : à celles qui admettent le droit d'aînesse en ligne collatérale, et à celles qui n'adoptent ce droit qu'en ligne directe, mais qui lui substituent, en ligne collatérale, une préférence dans les fiefs qu'elles accordent aux mâles sur les femelles, et que nous appelons, par cette raison, droit de masculinité.

Dans la première classe sont les coutumes de la ville et du bailliage de Saint-Omer, d'Artois, de Boulonnais, de Ponthieu, de la gouvernance de Douai, de la châtellenie de Lille, etc.

Les coutumes de la ville et du bailliage de Saint-Omer ont prévu notre question : on a remarqué ci-devant, §. I, art. 4, qu'elles donnent au Rappel l'effet de subroger, soit le fils, soit la fille d'un aîné, dans tous les droits de son père, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.

Cette disposition ne serait pas reçue facilement dans les autres coutumes semblables: cependant il semble que les principes demandent qu'elle le soit : le Rappel met celui qui en est l'objet, au même état que si la représentation légale avait lieu en sa faveur; nous l'avons démontré. Or, dans les coutumes de cette classe, qui admettent la *représentation*, il est d'une jurisprudence constante, comme on le voit sous ce mot, d'en étendre l'effet jusqu'au droit d'aînesse; par conséquent, point de raison pour n'en pas user de même dans le cas d'un Rappel, quel que soit l'acte qui en contienne la stipulation. Les auteurs ne conviennent pas tous de cette parité, mais les principes doivent-ils céder à leur doctrine?

La question devrait être également simple pour les coutumes de la seconde classe; et elle devrait y être résolue par une distinction que nous avons proposée à l'article *Représentation*, sect. 2, §. 3, n° 2; mais il en a été jugé autrement par deux arrêts intervenus dans la

coutume de Senlis, quoiqu'elle fasse entendre clairement, par ses dispositions concernant la ligne directe, qu'il est dans son esprit de donner à la représentation légale la vertu de subroger même la fille d'un aîné au droit d'aînesse de son père.

Le premier de ces arrêts est rapporté en ces termes par Brodeau, lettre L, § 9 :

« La coutume de Senlis, art. 134, et celle de Clermont, art. 85, portent qu'en ligne collatérale, les mâles emportent tous les fiefs, à l'exclusion des filles étant en pareil degré. Jugé que cette exclusion n'a lieu, sinon lorsque les mâles succèdent de leur chef et par l'ordre des successions légitimes introduit par la coutume, et non quand ils viennent par un secours étranger, comme est celui du Rappel....

» Par arrêt donné à la deuxième chambre des enquêtes, le 22 mars 1633, par lequel la cour, infirmant la sentence du bailli du comté de Beauvais, du 24 avril 1632, qui avait adjugé tous les fiefs de la succession d'Antoine Le Barbier, oncle commun des parties, aux neveux rappelés, à l'exclusion de la nièce aussi rappelée, et de la tante succédant de son chef, ordonne que lesdits fiefs situés ès coutumes de Senlis et de Clermont, seront partagés par tiers, entre Philippe Le Barbier, sœur dudit Antoine, Marguerite Foy, rappelée au lieu de Catherine Le Barbier, sa mère, et Catherine Droit, veuve de Raoul Le Barbier, mère et curatrice de Claude et Jean Le Barbier, Raoul Le Barbier et Anne Le Barbier, enfans dudit défunt Raoul et d'elle. J'avais écrit au procès pour Marguerite Foy, appelante ».

Le second arrêt a été rendu le 12 février 1633 ; voici comment il est rapporté par Bardet, dans l'ordre de sa date :

« Pierre Caignard, habitant de la ville de Beauvais, n'ayant point d'enfans, mais seulement Ursule Caignard, sa sœur, des neveux de Jean Caignard, son frère décédé, et des neveux d'une autre sœur, décédée aussi, nommée Catherine Caignard, fait son testament en 1633, par lequel il déclare qu'il rappelle à sa succession, tant les enfans de son frère que de sa sœur décédés, pour entrer au lieu et place de leur père et de leur mère dédédés, et succéder avec leur tante survivante, entendant qu'elle n'eût que le tiers en sa succession.

» Incontinent après son décès, procès se meut pardevant le bailli de Beauvais ou son lieutenant. Les enfans de Jean Caignard soutenaient que tous les fiefs délaissés par Pierre Caignard, leur oncle, devaient leur être adjugés, étant au lieu et place de Jean Caignard, leur père, qui, comme mâle, excluait ses sœurs dans la succession des fiefs. Au contraire, Ursule Gaignard soutenait que bien loin que les enfans de Jean Caignard, son frère, dussent l'exclure de la succession des fiefs, ils lui appartiennent par la disposition expresse de la coutume de Senlis, suivant laquelle les filles plus proches en degré excluent les mâles plus éloignés de la succession des fiefs. Et de la part des enfans de Catherine Caignard, on disait que le testateur ayant rappelé tous ses neveux à sa succession, avait entendu les y admettre par égales portions; qu'ainsi, les prétentions, tant de leur tante que de leurs cousins-germains, étaient justes.

» Le bailli de Beauvais ou son lieutenant ordonna que les fiefs seraient séquestrés.

» Ursule Caignard, sœur du défunt, en interjeta appel.....

» M. l'avocat général Talon dit que, si l'on suivait l'ancienne disposition des fiefs, qui étaient des bénéfices accordés aux seuls mâles, la cause des intimés serait sans difficulté; mais notre jurisprudence a d'autres règles qui ne sont aucunement asservies à cette disposition : pour accorder aux intimés (enfans de Jean Caignard) ce qu'ils demandent, il faut faire, non-seulement double, mais triple fiction : l'une, que la coutume de Senlis admet la représentation en ligne collatérale, ce qui n'est pas, le Rappel suppléant ce défaut; la seconde, que, par sa nature, la représentation n'est qu'une fiction qui répute des personnes être en même degré, quoiqu'elles ne le soient pas; et la troisième fiction est en ce qu'il faudrait feindre qu'outre le degré, les enfans auraient encore le privilége et la prérogative de leur père. Tant de fictions accumulées sont contre la disposition du droit.... De plus, la nouvelle coutume de Paris a introduit une jurisprudence certaine, suivant laquelle l'arrêt de 1638, qu'on a allégué, est si formel et si précis, qu'il tranche toute difficulté. Il y a lieu de prononcer de la même sorte.

» La cour mit l'appellation et ce au néant, évoqua le principal, et y faisant droit, ordonna que tant les fiefs que rotures délaissés par Pierre Caignard, seraient partagés également entre toutes les parties et sans dépens ».

On voit par cet exposé, que l'unique motif des arrêts dont nous venons de rendre compte, a été la défense de faire concourir ensemble plusieurs fictions et priviléges. Mais cette défense n'existe nulle part.

Voici ce qu'en dit le président Bouhier, chap. 73, n° 189 : « L'objection tirée de la » double fiction, est des plus frivoles. La prétendue règle qu'on n'admet point deux fictions ensemble, reçoit une infinité de limitations, suivant les docteurs même qui » la favorisent le plus (1). Mais elle a été entièrement rejetée par le savant Hauteserre, » au traité qu'il nous a donné sur les fictions » de droit (2). *Duas*, dit-il, *vel plures fictiones in eddem re concurrere nequaquàm » alienum est, si æquitas vel utilitas suadeat* ».

Et Duplessis, à propos même de la représentation, a dit pareillement de cette règle, qu'elle « n'est qu'un brocard qui est allégué. » Car on n'admet ni une ni deux fictions, » sinon quand la loi les accorde elle-même. » Or, quand elle les accorde, on en admet » tout autant qu'elle en veut permettre ».

C'est aussi l'avis de Guyné et de tout ce que nous avons de meilleurs auteurs. *V.* l'article *Représentation (droit de)*, sect. 2, §. 3, n^os 2, 3 et suivans.

ART. V. *Quels sont les effets du Rappel en ligne collatérale, lorsqu'il est hors des termes de droit ?*

I. Il faut distinguer s'il est fait par un contrat de mariage ou par un autre acte.

Dans le premier cas, il forme une institution contractuelle, et produit conséquemment tous les effets d'un titre successif. Il y a, dans le recueil de Bouguier, lettre R, §. 11, et dans le Journal des Audiences, deux arrêts des 21 janvier 1605 et 6 mars 1660, qui le jugent ainsi entre des neveux succédant de leur chef, et des petits-neveux rappelés par contrat de mariage. *V.* l'article *Institution contractuelle*, §. 6.

II. Dans le second cas, le rappel ne vaut que par forme de legs : le rappelé n'est point héritier, mais simple légataire de la portion que le testateur lui a assignée ; il n'en est pas saisi, et doit en demander la délivrance à l'héritier. Celui-ci peut même, en se tenant aux réserves coutumières, la restreindre aux biens dont la loi permet de disposer à cause de mort. C'est ce qu'établit Dumoulin dans sa note sur l'art. 6 de la coutume de l'Epuroux, locale de Blois : *Quid si quis*, dit-il, rappelle *pronepotes ex sorore cum nepotibus ex aliâ sorore ? Respondeo quòd isti vocati veniunt jure legati tantùm, non veniunt ut heredes, nec sunt saisiti, quia consuetudo prohibet, sed non impedit quin valeat jure legati quatenùs legari potest.*

Bouguier, lettre R, §. 13, dit qu'il « a été » ainsi jugé pour la coutume de Meaux, le » 19 novembre 1605, à la première chambre » des enquêtes, la sentence ayant été confirmée, par laquelle le juge adjugeait aux » arrière-neveux qui avaient été rappelés » par un testateur a sa succession avec ses » neveux, ce que le testateur pouvait léguer » suivant ladite coutume ; tellement que le » Rappel, en ce cas, vaut seulement comme » legs, et non par droit d'institution, qui » n'a lieu en tous les pays coutumiers ».

La même chose a été jugée dans la coutume de Blois, par l'arrêt du 13 février 1634, rapporté ci-devant, art. 2.

Le journal des audiences nous en fournit deux autres, rendus dans les coutumes de Senlis et de Vitry.

Dans l'espèce du premier, Christine Baveroise, n'ayant pour héritiers que des neveux et nièces, les avait rappelés tous par son testament, avec la clause expresse qu'ils partageraient entre eux par souches, et non par têtes.

On contestait cette disposition, et l'on disait qu'il n'était pas au pouvoir des testateurs de changer l'ordre que les lois et les coutumes ont établi pour les successions ; que la défunte n'avait pas pu disposer par testament au préjudice des réserves coutumières, ni ordonner que le partage de ses biens se fît par souches, tandis que la coutume, en excluant la représentation, voulait qu'il se fît par têtes.

On soutenait, au contraire, que la disposition de Christine Baveroise était un Rappel *extrà terminos juris* ; qu'à la vérité, il ne formait point un titre successif, mais qu'il devait être exécuté comme legs, et comprendre tout ce dont il avait été permis à la défunte de disposer par testament.

Et il a été ainsi jugé par arrêt du 6 février 1646, confirmatif d'une sentence du bailliage de Senlis, sur les conclusions de M. l'avocat général Bignon.

Le second arrêt est du 24 janvier 1665.

Une fille, nommée Guerrois, avait fait son testament le 27 décembre 1663, et avait ordonné, en rappelant ses cousins issus de germains, qu'ils succéderaient par représentation de leurs pères avec ses cousins-germains. Ceux-ci prétendirent que le tes-

(1) *V.* Bartole, sur la loi *si is qui*, D. *pro emptore* n° 69 ; Tiraqueau, *de jure primogenitur*, quest. 4^e, n^os 132 et 141.

(2) Tractat. 1, cap. 6.

tament était nul dans la forme, et qu'au fond le Rappel ne pouvait avoir plus d'effet qu'un simple legs.

Par sentence des requêtes du palais, il fut dit que les rappelés partageraient par souches avec les cousins-germains dans tous les biens laissés par la défunte.

Appel; et la cause portée à l'audience de la grand' chambre,

« M. Bignon, avocat général, a dit que les nullités alléguées par les appelans contre le testament, en la forme, n'étaient pas considérables, mais qu'au fond la disposition de la testatrice ne pouvait subsister que *per modum legati;* ainsi, qu'il avait été mal jugé par la sentence qui avait reçu les intimés, arrière-cousins, à partager avec les appelans, qui sont cousins-germains.

» La cour a mis les appellations et ce dont a été appelé au néant; émendant, a ordonné, sans avoir égard au faux, que le testament serait exécuté *per modum legati;* ce faisant, le Rappel exécuté, pour avoir, par les appelans et arrière-cousins, seulement part dans les meubles et acquêts, et le tiers des propres de la testatrice, suivant la coutume de Vitry, sous laquelle les biens étaient situés ».

On trouve dans le *Dictionnaire des Arrêts* de Brillon, au mot *Rappel*, « un arrêt rendu » à la troisième chambre des enquêtes du » parlement de Paris, le 25 juin 1716, qui ad» juge aux petits-neveux, appelés par le testa» ment et codicille de leur oncle, la portion » qu'aurait eue leur père dans la succession de » cet oncle, nonobstant les prélegs qui leur » avaient été faits. La sentence du bailliage » de Beauvais, du 12 mai 1712, dont était » appel, ne leur avait adjugé que les pré» legs ». Et la cour aurait infailliblement confirmé cette sentence, si elle eût considéré le Rappel autrement que comme un simple legs. (*V.* l'article *Héritier*, sect. 5, §. 10).

Il y a dans le recueil d'Augeard, un arrêt du 15 mars 1696, qu'on doit supposer, ainsi que le précédent, être intervenu dans une espèce où le défunt n'avait laissé que des meubles et acquêts.

Le 11 avril 1679, Jean Flocard, bourgeois de Paris, fit son testament; et, après avoir partagé ses biens entre ses neveux, ordonna que leurs enfans, en cas de prédécès de leurs pères, viendraient à sa succession.

Après sa mort, contestation entre les neveux et les petits-neveux dont les pères étaient prédécédés.

Les neveux prétendaient que la disposition faite par le testament en faveur des petits-neveux, était nulle, comme contraire à l'art. 220 de la coutume de Paris, qui n'admet la représentation en ligne collatérale qu'en faveur des neveux et des nièces.

Les petits-neveux répondaient que l'article de la coutume ne devait avoir lieu que dans les successions *ab intestat;* qu'un homme était libre de faire par son testament telle disposition qu'il lui plaisait, *et qu'il fallait regarder le Rappel fait d'eux à la succession de leur grnad oncle, comme un legs qu'il leur aurait fait.*

Sur cette contestation, sentence en faveur des petits-neveux; et sur l'appel, arrêt à la première chambre des enquêtes qui la confirme, avec amende et dépens.

III. Un testateur qui avait deux neveux pour héritiers légitimes, rappela un petit-neveu, et fit un étranger légataire universel de tous ses biens disponibles. Question de savoir si le petit-neveu viendrait, en vertu de son Rappel, partager avec les neveux dans les réserves coutumières, comme le prétendait le légataire universel, ou s'il prendrait, comme il le soutenait lui-même, de concert avec les neveux, la moitié du legs universel fait à l'étranger.

Lebrun rapporte les raisons dont on appuyait chacun de ces avis, et ensuite il propose le sien en ces termes :

« Au milieu de ces deux partis, il y en a un qui me semble fort juste, qui est de considérer le rappelé comme un légataire de la part afférente qu'il aurait eue s'il avait été dans le degré supérieur, et d'obliger le légataire universel de lui fournir cette part aux dépens de son legs universel.

» Par ce *moyen*, on n'excède point la disposition du défunt, en tant qu'on donne au rappelé sa part afférente seulement; et on ne l'associe pas à un legs universel, dont la moitié aurait peut-être monté au centuple de sa part afférente dans la succession, comme aussi on ne blesse point les droits des héritiers *ab intestat.*

» Enfin, comme ce Rappel *est extrà terminos juris*, on lui donne, à titre de legs seulement, la part que le défunt a voulu qu'il eût dans sa succession, et on conserve dans ce tempérament et les règles et les droits de toutes les parties : en effet, il ne serait pas juste qu'un arrière-neveu, qui ne peut venir que par forme de legs, quand les plus proches héritiers le demandent, vint donner atteinte à leurs réserves coutumières; et que, d'un autre côté, le testateur ne l'ayant pas fait

légataire universel, mais ayant seulement usé du mot de *Rappel*, il vint partager par moitié tous les meubles et tous les acquêts, et le quint des propres, avec une personne que le testateur a nommée son seul légataire universel. L'un serait contre la disposition de la coutume, et l'autre contre l'intention du testateur; au lieu que notre décision s'accommode à l'une et à l'autre, en considérant l'arrière-neveu comme légataire d'une part héréditaire à prendre sur le legs universel ».

IV. De ce que le Rappel d'un petit-neveu ne peut valoir que comme legs, peut-on conclure que le rappelé doit jouir, envers le neveu avec lequel le testateur a voulu le faire concourir, de tous les avantages qui résultent d'une pareille disposition, et par suite, que celui-ci est obligé de se restreindre aux réserves coutumières?

Cette question vient d'être jugée à la grand'chambre du parlement de Paris, entre M. de Souchon-Despréaux, conseiller au parlement de Provence, et la comtesse du Chey, tutrice de sa fille mineure. Voici le fait tel qu'il est rapporté dans la *Gazette des tribunaux*.

« Louis-Joseph Lemaître, marquis de Ferrières, mort à Paris au mois d'octobre 1781, âgé de quatre-vingts ans, était fils de Gilles Lemaître, marquis de Ferrières, décédé en 1716. Celui-ci avait eu sept enfans, trois garçons et quatre filles. Deux de ces filles seulement ont laissé de la postérité. L'aînée des deux filles a été mère de M. Despréaux, qui, neveu du dernier mort (*de cujus*), était seul héritier collatéral plus proche; l'autre fille de Gilles Lemaître, avait eu un fils, le comte du Chey, décédé il y a quelques années, laissant une seule fille qui, petite-nièce du défunt, était exclue de sa succession.

» C'est dans cette position que le marquis de Ferrières, qui avait conservé une égale affection pour les deux branches de sa famille, fait, pardevant notaires, le 8 août 1781, un testament ainsi conçu : *Je reconnais pour mes héritiers M. Despréaux, conseiller au parlement de Provence, mon neveu, et mademoiselle du Chey, ma petite-nièce, que je rappelle à ma succession, pour y prendre tout ce que les coutumes de la situation de mes biens me permettent de leur donner.*

» Une contestation s'élève entre M. Despréaux et la demoiselle du Chey, sur l'exécution de ce testament.

» La demoiselle du Chey, sous prétexte que le Rappel *extrà terminos juris* ne fait pas d'héritier, et ne peut faire qu'un légataire, prétend avoir, dans cette disposition, un legs universel en sa faveur, de tout ce que les coutumes de la situation des biens permettaient au testateur de donner, ce qui réduisait M. Despréaux aux quatre quints des propres.

» M. Despréaux, au contraire, soutient que la véritable intention du testateur, également attaché aux deux branches de sa famille, n'avait été que de faire un Rappel, dont l'effet était de relever la personne de la déchéance du degré, et de la remettre à la place où son père avait été, pour lui faire prendre, dans la succession, tout ce que son père, vivant, aurait pris lui-même.

» La cause portée aux requêtes du palais, et plaidée contradictoirement par M. de Bonnières, pour M. Despréaux, et M. Target, pour la demoiselle du Chey, il est intervenu, le 24 juillet 1782, sentence qui ordonne que le testament du marquis de Ferrières sera exécuté selon sa forme et teneur; en conséquence, qu'il sera procédé au partage des biens de la succession, conformément aux dispositions des coutumes où sont situés ces biens, dépens entre les parties compensés.

» La demoiselle du Chey, toujours attachée à son système, quoique rejeté par la sentence, en a interjeté appel en la cour. La cause a été plaidée de nouveau par les mêmes avocats; des mémoires et des consultations savantes ont paru de part et d'autre sur l'étendue et l'effet du Rappel *intrà vel extrà terminos juris*.

» Enfin, les juges se sont déterminés par l'intention apparente du testateur: il n'aurait pas (se sont-ils dit à eux-mêmes) manqué de déclarer purement et simplement qu'il instituait la demoiselle du Chey, sa pitite-nièce, sa légataire universelle, si telle eût été sa volonté; en déclarant, au contraire, qu'il la rappelait à sa succession, il n'a vraisemblablement voulu lui donner qu'une part égale à celle de son neveu, la même que le père de la demoiselle du Chey aurait prise, s'il eût vécu.

» Par arrêt du 30 janvier 1783, la sentence a été confirmée, et l'appelante condamnée aux dépens ».

ART. VI. 1° *Le Rappel en ligne collatérale est-il révocable au gré de celui qui l'a accordé?*

2° *La révocation en est-elle opérée de plein droit par le prédécès de ceux avec qui elle tendait à faire concourir les rappelés?*

Les principes, sur la première de ces

questions, sont les mêmes pour la ligne collatérale que pour la ligne directe.

Ainsi, on doit tenir pour constant que le Rappel est irrévocable, lorsqu'il est fait par contrat de mariage; et qu'il peut toujours être révoqué, quand il est établi par un acte ordinaire. Ce dernier point a été confirmé par un arrêt du 27 mai 1582, rapporté dans le recueil de Robert, liv. 3, chap. 16; quoique, dans l'espèce dont il s'agissait, le Rappel eût été revêtu de toutes les formalités d'une donation entre-vifs et stipulée irrévocable.

II. On a vu ci-devant que la coutume de Montargis ne permet le Rappel que du consentement des héritiers présomptifs. Lorsque ce consentement est une fois donné par une personne majeure, est-il au pouvoir de celle-ci de le révoquer, et par ce moyen d'anéantir le rappel?

Non: la révocation ne peut plus alors être faite que par celui à qui il s'agit de succéder; c'est la remarque de Dumoulin sur l'art. 249 de l'ancienne coutume d'Orléans, qui était conforme à celle de Montargis: *Qui semel consenserunt, non possunt ampliùs pœniterè, nisi eum de cujus successione agitur pœniteat.* La raison en est que ce consentement étant accepté par le testateur, forme une espèce de pacte entre lui et son héritier.

De là vient, dit Dumoulin sur la coutume de Montargis même, que les héritiers de celui qui, après avoir consenti au Rappel, est mort avant le testateur, sont liés comme l'était leur auteur: *sed heredes eorum qui consenserunt, et posteà præmoriuntur, ligantur pacto.*

Guyné fait, sur cette note, une observation qui mérite d'être examinée: « Elle est bonne » (dit-il), mais elle me paraît inutile; car ce » Rappel ne pourrait être valable en collatérale, que dans les degrés de représentation, c'est-à-dire, jusqu'aux enfans des » frères: or, les héritiers de ceux qui auraient donné leur consentement au Rappel, » ne pourraient être eux-mêmes que les enfans des frères qui se trouvaient au même » degré que les rappelés; et par conséquent » ils ne pourraient pas confondre leur droit ».

Cela suppose que le Rappel des neveux s'éteint par le décès des frères; et que, dans ce cas, les enfans de ceux-ci et les rappelés doivent tous venir à la succession, non par souches, mais par têtes. « La raison en est » (dit Pothier) que le Rappel n'est fait que » pour suppléer la représentation que la coutume n'a pas admise; d'où il suit que le » neveu, fils du frère prédécédé, n'ayant » plus besoin de représentation par le décès » arrivé du frère qui restait, il ne doit plus » y avoir lieu au Rappel ».

Pothier convient cependant que la question n'est pas sans difficulté; il paraît même, par le *ligantur pacto* de Dumoulin, que ce grand homme pensait tout autrement. Mais son opinion n'est, à cet égard, qu'une suite de celle qu'il avait embrassée pour le partage par souches entre les neveux, qui, dans les coutumes de représentation, succèdent sans concours de frères ni d'oncles du défunt. Aussi n'a-t-on pas plus suivi l'une que l'autre.

Écoutons Lebrun raisonnant sur une espèce où des neveux rappelés voulaient exclure d'autres neveux non rappelés, quoique les frères ne succédassent point:

« Il est bien vrai que l'effet de la représentation, et par conséquent du Rappel qui vient au défaut de la représentation, est de faire monter d'un degré celui qui représente; mais cet effet cesse en collatérale entre cousins-germains, où il n'y a plus sujet de représentation, ni par conséquent de Rappel. Ce serait étendre la fiction au-delà de ses bornes, et la faire survivre au sujet pour lequel elle est faite, que de vouloir qu'un oncle ayant rappelé ses neveux d'une branche, pour les faire succéder avec ses frères qui les auraient exclus faute de représentation, selon la coutume (de Senlis), ce Rappel eût lieu lorsque les frères ne sont plus en état d'exclure les neveux. Cependant il est de règle que la fiction ne survit point à sa cause et à son objet: ce qui se vérifie dans les stipulations de propres, où les deniers réalisés étant parvenus aux dernières personnes en faveur de qui les réalisations ont été faites, reprennent leur ancienne nature de deniers mobiliers.

» *En un mot*, le Rappel n'a pas plus d'effet que la faculté de représenter; or, il n'y a plus de représentation en collatérale, dès qu'il ne reste que des cousins-germains, n'y ayant point en cette ligne d'autre représentation actuelle.

» Il est vrai que le défunt avait préféré en cette espèce une branche à l'autre; mais on peut dire qu'il n'avait pas tant préféré cette branche, qu'il avait affecté que cette branche ne fût pas exclue par ses deux frères. Et cette interprétation de sa volonté doit prévaloir, parcequ'elle produit l'égalité entre les cousins que la nature a égalés ».

Il faut cependant convenir qu'il y a dans le *Journal des audiences*, tome 1, liv. 4, chap. 3e, édition de 1733, un arrêt qui pa-

rait ne pas s'accorder avec ces principes. Voici les termes dans lesquels il est rapporté :

« Un chanoine d'Amiens, nommé Devérité, ayant deux sœurs et cinq neveux d'un sien frère décédé, avait ordonné, par son testament, qu'il voulait que ses neveux vinssent à sa succession par souches avec ses deux sœurs.

» Depuis, les deux sœurs ayant prédécédé le testateur, les neveux ont prétendu, contre les enfans de leurs tantes qui n'étaient que deux en chaque souche, qu'il fallait partager la succession de leur oncle par têtes, et non par souches, d'autant plus que le cas de la disposition du défunt, selon laquelle il échéait de partager par souches, n'étant pas arrivé, il fallait suivre l'ordre des successions *ab intestat*, et partager les biens du défunt par têtes.

» Les enfans des deux sœurs, qui emportaient à deux autant que les cinq neveux, soutinrent la disposition de leur oncle bonne et valable; que ce n'était point un partage qu'il avait voulu faire par son testament, mais donner et léguer à chaque souche une quote-part, et que sa disposition devait avoir lieu *per modum legati;* et ainsi jugé en 1612 par arrêt donné au rôle d'Amiens ».

Le seul moyen de concilier cet arrêt avec les maximes établies par Lebrun et Guyné, serait de dire que la coutume d'Amiens admet la représentation en ligne collatérale; qu'ainsi, les neveux du sieur Devérité n'avaient pas besoin du Rappel pour venir à sa succession; que, dans le fait, il ne les avait point rappelés; qu'il avait seulement ordonné qu'ils partageraient par souches avec ses deux sœurs; que, par là, il les avait rendus légataires de leur portion afférente; qu'on ne pouvait supposer ce legs anéanti par la mort des deux sœurs; que c'eût été faire dire au testateur une chose à laquelle il avait pu ne point penser; qu'il était même permis de croire qu'il eût disposé comme il l'avait fait, s'il eût su que ses deux sœurs devaient mourir avant lui; qu'enfin, ce n'est point par des conjectures qu'on peut détruire une disposition claire; et que, dans le doute, il faut toujours s'en tenir à la lettre d'un testament.

[[§. III. *État actuel de la législation sur le Rappel, tant en ligne directe qu'en ligne collatérale.*

V. l'article *Institution contractuelle*, §. 6, n° 8, à la fin.]]

SECTION II. *Du Rappel considéré comme un remède à l'exhérédation.*

I. La révocation d'un acte qui prononce l'exhérédation, peut se faire expressément ou tacitement. On a établi à ce sujet, sous le mot *Exhérédation*, des principes et des maximes qu'il est inutile de répéter ici.

II. Ce genre de Rappel doit-il toujours être pur et simple, ou est-il susceptible de conditions?

« La raison de douter (dit Lebrun) est que, dès que le père rappelle, il est dû à son fils une légitime, laquelle ne peut être grevée d'aucune condition, suivant la loi 32, C. *de inofficioso testamento*, et la novelle 118, chap. 3. Aussi le fils n'est pas encore exclu par l'exhérédation, parceque le père peut toujours la révoquer; et, même après sa mort, l'exhérédé est saisi de sa part afférente, jusqu'à ce que l'exhérédation soit confirmée; au moins la coutume de Berry, tit. 18, art. 4, le dit ainsi.

» A quoi l'on peut ajouter que le Rappel est un *acte légitime* qui n'est point susceptible de condition, comme il est dit de l'exhérédation dans la loi 3, §. 1, D. *de liberis et posthumis* ».

Malgré ces raisons, Lebrun décide que le Rappel est susceptible de toutes les conditions qu'y veut apposer le père, parcequ'il fait » venir à la succession celui qui en serait » exclu par son exhérédation, laquelle étant » supposée juste et bien méritée, il faut que » le fils qui ne pourrait pas se plaindre de » l'exhérédation, se soumette aux conditions » du Rappel; et en ce cas, le père n'est point » réputé grever sa légitime, puisqu'il n'en » est dû aucune au fils qui a été justement » déshérité ».

Sur quoi, en effet, est fondée la défense de grever la légitime? Sur le principe, que ce n'est point de la main de son père, mais de celle de la loi, que le fils reçoit cette portion. Or, dans le cas d'une exhérédation prononcée pour l'une des causes de droit, la loi ne donne point de légitime au fils : il tient tout de l'indulgence de son père, et il ne peut pas diviser le Rappel sans le détruire.

Lebrun ajoute que sa décision est conforme à un arrêt du 20 juillet 1611, dont il rapporte ainsi l'espèce :

« Jacques Bonel ayant déshérité Louis son fils, pour un mariage qu'il avait contracté contre son avis, avait fait depuis un acte de révocation, par lequel il rappelait son fils, à la charge et condition qu'il ne pourrait ven-

dre ni aliéner les biens qui lui viendraient de sa succession, lesquels seraient partagés, après son décès, entre ses enfans, en la manière ordinaire ; nonobstant laquelle clause, les créanciers du fils ayant saisi les effets de la succession, les enfans du même fils appellent de la saisie.

» D'un côté, les créanciers disent qu'il leur faut donner la légitime du fils exempte de toutes conditions, parcequ'on la doit telle aux créanciers du fils à qui on l'a substitué.....

» D'autre part, les enfans du fils disent que leur aïeul a pu apposer au Rappel telles conditions que bon lui a semblé....

» Et par l'arrêt, la cour déclara la propriété des biens en question appartenir aux petits-enfans, sauf aux créanciers du fils de se pourvoir sur son usufruit ».

III. Le rappel tacite ne résulte pas toujours du pardon que le père accorde à son fils ; on l'a prouvé clairement au mot *Exhérédation*, et il y a un arrêt, du 27 avril 1650, qui le juge ainsi :

« Riolan fils (dit Lebrun) ayant mérité, par un mariage indigne, d'être déshérité par son père et sa mère, et ayant été présenté à son père mourant par le curé de sa paroisse, qui demanda pour lui la bénédiction paternelle, on jugea, par cet arrêt, que cette réconciliation ne suffisait pas pour révoquer l'exhérédation du père. Au contraire, le même Riolan ayant assisté depuis sa mère pendant trois semaines de maladie, on jugea par le même arrêt, que ses services assidus avaient déraciné du cœur de la mère toutes sortes de ressentimens, et qu'elle lui avait donné en mourant une bénédiction pleine et absolue, qui le rendait capable de venir à sa succession.

» Il y a un semblable arrêt dans *Peleus*, question 24 ».

On a vu à l'article déjà cité, que M. d'Aguesseau regardait comme certaine l'opinion qui autorise un père à laisser subsister l'exhérédation, tandis qu'il remet à son fils l'injure qu'il lui a faite. Cette opinion a été singulièrement discutée et enfin confirmée dans une cause jugée au parlement de Bretagne le 2 août 1763.

M. Huchet de La Bedoyère, premier avocat général de la cour des aides de Paris, fils aîné de M. de La Bedoyère, procureur général du parlement de Bretagne, épousa, le 21 janvier 1744, la demoiselle Sticoti, fille d'un acteur de la comédie italienne. Il avait trente-cinq ans accomplis lorsqu'il contracta ce mariage. Il ne fit point de sommations respectueuses, et d'ailleurs il n'avait ni demandé ni obtenu le consentement de ses parens.

Le 2 mars suivant, M. et madame de La Bedoyère, père et mère, prononcèrent, par un acte mutuel passé devant notaires, une exhérédation contre leur fils aîné. Ils y « déclarent qu'ils le déshéritent et sa postérité, » pour avoir contracté mariage, ainsi qu'ils » l'ont appris par des tierces personnes, sans » avoir en aucune façon requis leur consentement, voulant même et entendant qu'où » il arriverait que ledit mariage fût déclaré » nul et abusif, soit à leur poursuite, soit » à celle de leurdit fils lui-même, soit par » quelqu'autre voie, la présente exhérédation » ait toujours son plein et entier effet ».

En 1745, le père et la mère attaquèrent le mariage de leur fils aîné et demandèrent qu'il lui fût fait défenses de le réhabiliter : des vices de forme dans ce mariage, donnèrent lieu à un arrêt qui le déclara abusif, mais qui, sur la demande à fin de défenses de le réhabiliter, mit les parties hors de cour.

Le 9 janvier 1754, M. de La Bedoyère réhabilita son mariage après avoir obtenu, le 20 novembre précédent, main-levée des oppositions de son père et de sa mère. Plusieurs lettres de la comtesse de Grego, sa cousine-germaine, de la dame de La Bedoyère, religieuse à Saint-Georges, sa tante, du sieur Dumoutiers, ami de son père, lui annonçaient que son père et sa mère faisaient dépendre sa réconciliation avec eux de cette réhabilitation canonique, mais qu'ils ne voulaient pas paraître y donner les mains ; que la voie qu'il avait à prendre, était d'obtenir une sentence de main-levée de leur opposition, et qu'ils s'engageaient à n'en point interjeter appel.

Cependant il s'est trouvé deux actes, l'un du 20 août 1753, l'autre du 18 février 1754, par lesquels le père ratifiait l'exhérédation, et donnait pour cause, dans le premier, l'intention de son fils de réhabiliter son mariage, et dans le second, le fait même de la réhabilitation.

M. de La Bedoyère fils partit, à la fin de 1758, pour aller trouver son père en Bretagne et se réconcilier avec lui ; il amena ses deux enfans, garçon et fille. Son père les reçut tous trois avec bonté, les conduisit à la campagne, et proposa un acte qui assurât à cette famille un sort honnête, mais sans se départir de l'exhérédation.

Enfin, le 28 janvier 1759, M. de La Bedoyère fils consentit à signer un autre acte, par lequel son père et sa mère assuraient à ses enfans nés et à naître, par donation entre-

vifs, une somme de 250,000 livres, que le comte de la Bedoyère, leur fils puiné et seul héritier, serait, en cette qualité, chargé de placer, après leur mort, en fonds de terre en Bretagne, au denier de la coutume. Ils déclaraient en même temps que tous les témoignages de bonté et d'affection qu'ils donneraient ou pourraient dans la suite donner à leur fils, à sa femme et à ses enfans, ne pourraient aucantir ni modifier l'exhérédation, si ce n'est qu'ils en eussent fait la révocation expressément et par acte en forme.

A la suite de cet acte, M. de La Bedoyère fut reçu chez son père et sa mère avec toutes les marques de la plus tendre amitié; ils lui dirent même que tout était oublié, que tout était pardonné.

Il reçut d'eux le même accueil dans un second voyage qu'il fit en 1759, mais toujours en protestant de la part du père, par des actes, qu'il n'entendait pas déroger à l'exhérédation.

Après la mort de son père, M. de La Bedoyère attaqua l'acte du 28 janvier 1759, prit subsidiairement des lettres pour le faire rescinder, et demanda à faire preuve que son père lui avait fait écrire de réhabiliter son mariage, ainsi que de tous les faits de réconciliation dont on vient de parler.

Mais par sentence du présidial de Rennes, M. de La Bedoyère a été débouté de toutes ses demandes, et il a été ordonné que l'acte de 1759, et tous ceux qui établissaient l'exhérédation, seraient exécutés suivant leur forme et teneur.

M. de La Bedoyère s'est rendu appelant de cette sentence; mais elle a été confirmée par arrêt rendu à la grand'chambre du parlement de Bretagne, le 2 août 1763.

[[IV. Tout cela est aujourd'hui sans objet, parcequ'un père ne peut plus, en aucun cas, déshériter ses enfans. *V.* l'article *Exhérédation.*]]

Section III. *Du Rappel considéré comme un remède à l'exclusion coutumière des filles.*

L'usage du Rappel est aussi ancien que celui de regarder les filles comme inhabiles à succéder tant qu'il y a des mâles. La loi salique portait que *de terrâ salicâ nulla portio venit mulieri, sed ad sexum virilem tota terræ hereditas pervenit.* La loi ripuaire contenait la même disposition : *Sed dùm virilis sexus exstiterit, fœmina in hereditatem non succedat.* Des lois aussi rigoureuses ne pouvaient manquer d'exciter la réclamation de la nature; aussi voyons-nous dans les formules de Maculphe, liv. 2, chap. 12, un père qui les traite d'impies, et y déroge par le Rappel. Voici la traduction littérale de cette formule : « C'est parmi nous une » coutume ancienne, mais impie, que les » sœurs sont exclues par leurs frères des » biens paternels : pour moi, frappé de cette » impiété, comme vous m'avez tous été également donnés par le souverain être, je » veux que vous ressentiez aussi tous également les effets de mon affection, et qu'après ma mort, vous partagiez entre vous » par portions égales les biens que je laisserai. » C'est pourquoi, ma chère fille, je veux, par » ces présentes, que vous soyez mon héritière » égale et légitime à l'encontre de vos frères, » mes fils; en sorte que vous preniez une » part virile dans tout ce qui se trouvera » après mon décès, tant en alleux paternels » qu'acquêts, esclaves, argent comptant et » autres effets quelconques »....

L'exclusion légale des filles n'est plus aujourd'hui de droit commun. Les seules coutumes qui l'admettent, sont celles de Normandie, d'Auvergne, de la Marche, de Bourbonnais, de Poitou, de Touraine, de Lodunois, du Maine, d'Anjou, de Toulouse, de Nivernais, de Bretagne, de Bourgogne, et quelques autres.

Ces coutumes ne sont pas uniformes dans leurs dispositions. Celle de Normandie porte, art. 248, que « succession de propres, tant » qu'il y a mâles ou descendans de mâles, les » femelles ou descendans de femelles, ne peuvent succéder ». Ce texte ne parle, comme l'on voit, que des propres; à l'égard des meubles et acquêts, la coutume n'en exclud les filles que quand elles sont mariées : *Et si rien ne lui fut promis lors de son mariage, rien n'aura.* Ce sont les termes de l'art. 250. (*V.* l'article *Mariage avenant*).

Les autres coutumes ne distinguent pas les propres des meubles et acquêts, et n'en excluent que les filles mariées. Mais elles diffèrent dans un point essentiel.

Les unes, telles qu'Auvergne, confondent le cas où la fille n'a rien reçu en se mariant, avec celui où elle a été dotée convenablement, et, dans l'un comme dans l'autre, la privent, comme celle de Normandie, de tout droit de succession : les autres, telles que Bourbonnais et Bretagne, ne prononcent l'exclusion que quand la fille a été dotée et *suffisamment apanagée.*

Ces notions supposées, entrons dans le détail des principes et des règles qui concernent l'espèce de Rappel dont il s'agit ici; et examinons

1° Par qui il peut être fait;

2° Par quels actes et dans quelle forme il doit l'être;

3° Quels en sont les effets;

[[4° quel est, à cet égard, l'état actuel de la législation]].

§. I. *Des personnes qui peuvent rappeler.*

I. La coutume de Normandie déclare, art. 258, que « le père peut, en mariant ses filles, » les réserver à sa succession, et de leur » mère pareillement ».

Il faut que cette loi favorise bien le Rappel, pour autoriser le père à l'accorder sur les biens de la mère : car, suivant les principes, le mari ne peut disposer de la succession de sa femme, ni même en prendre les biens pour la dotation d'une fille qu'elle lui a donnée. La loi *neque mater*, C. *de jure dotium*, est formelle sur ce point.

Mais la mère n'a pas, en Normandie, le même pouvoir que le père : elle ne peut rappeler qu'à sa propre succession. L'art. 259 en contient une disposition expresse : « La » mère aussi, après le décès de son mari, » peut, en mariant sa fille, la réserver à sa » succession; mais elle ni pareillement le » tuteur ne peuvent bailler part à ladite » fille, ni la réserver à la succession de son » feu père; ainsi seulement lui peuvent » bailler mariage avenant par l'avis des pa- » rens, à prendre sur ladite succession ».

Le premier de ces articles donne lieu à deux questions : l'une, de savoir si le père peut exercer, même après la mort de sa femme, le droit que la coutume lui donne de rappeler ses filles à la succession de celle-ci; l'autre, si un second mari peut user du même droit en faveur des filles que sa femme a eues d'un premier mariage.

Sur la première question, Basnage dit « qu'on ne doute plus au palais que le père, » même par un testament, ne puisse réserver » ses filles à la succession de leur mère morte. » Outre les arrêts cités par Bérault, la ques- » tion fut encore décidée, au rapport de » M. Dery, à la chambre de l'édit, le 8 de » janvier 1639 ».

Son annotateur remarque cependant que, « malgré ces arrêts, la question a été appoin- » tée pour être fait réglement, au mois de » juin 1758 ». *V.* l'article *Réserve à partage*.

La seconde question est encore plus difficile. Basnage rapporte, en ces termes, une espèce dans laquelle on l'a jugée en faveur du Rappel :

« Barbe Levoleur fut mariée par Grégoire Lafeteur, second mari de Guillemette Huput, sa mère, et il la réserva à la succession de cette mère, laquelle était présente au contrat, et néanmoins elle n'y signa point; étant devenue veuve, elle attesta sa présence et son consentement à cette réservation, qu'elle ratifia; et en cas qu'elle n'eût point d'effet, elle donnait à sa fille le tiers de tous ses biens.

» Lorsque cette fille demanda partage à Denis Lafeteur, son frère utérin, il y fut condamné par sentence, dont, ayant appelé, le procès fut partagé à la chambre des enquêtes, et par l'arrêt qui intervint à la grand'chambre, la sentence fut cassée.

» Barbe Levoleur se pourvut de lettres de requête civile, et comme il y avait des moyens d'ouverture, on entra au fond, et on disait que, par les arrêts donnés en explication de cet article, le père pouvait reserver à la succession de la mère, soit qu'elle fût vivante ou qu'elle fût décédée; que la raison était pareille et même plus forte pour le beau-père, dont l'affection n'est pas si puissante pour les enfans de sa femme d'un premier lit; et qu'après tout, cette réservation ne faisait préjudice qu'à lui et à ses enfans; que le premier mari n'avait droit de faire cette réservation qu'en vertu de l'autorité maritale; or, cette autorité était égale dans la personne du second mari comme du premier, et ce second mari est obligé d'avoir le soin de pourvoir la fille de sa femme et de la doter; il doit donc avoir toute la puissance requise pour cet effet, soit en lui donnant simplement le mariage avenant, ou la réservant à la succession; qu'il n'avait point eu besoin de la signature de sa femme, et néanmoins elle avait ratifié le contrat.

» Lafeteur répondait que la faculté donnée au père par cet article, ne s'entendait que du véritable père, et pour les filles qui leur sont communes; mais le beau-père est réputé comme étranger, et il n'a point plus d'autorité qu'un tuteur, qui ne pourrait ordonner cette réservation; il n'a point plus de puissance sur les biens de sa femme, qu'une mère avait sur ceux de son défunt mari; et c'est pourquoi elle ne peut, en mariant ses filles, les réserver à la succession de leur père (art. 259). Cette réservation n'est point favorable, parcequ'elle est opposée à l'esprit universel de la coutume. Premièrement, les filles ne succèdent point, tant qu'il y a des mâles; en second lieu, elles ne peuvent demander aucune part à l'héritage de leur père et de leur mère : si la coutume avait eu l'intention de donner ce pouvoir au beau-père,

elle s'en serait expliquée comme elle a fait pour le tuteur; et ayant précisément réservé cette faculté aux pères et aux mères, elle semble l'avoir déniée à toute autre personne.

» Sur ces raisons, plusieurs trouvaient de la difficulté, dans la question générale, à approuver cette réservation faite par un beau-père, puisque la coutume n'en parle point, et qu'il pourrait en arriver des inconvéniens : un beau-père qui n'aurait point d'enfans de son mariage, s'attribuerait l'autorité de marier les filles de sa femme, et de les reserver contre son gré, ou bien il en tirerait du profit. Mais, dans les circonstances particulières, on ne fit point difficulté à casser l'arrêt, et à confirmer la sentence qui condamnait le frère à gager partage à sa sœur, par arrêt du 27 août 1621 ».

V. l'article *Réserve à partage.*

II. Dans les coutumes du Maine, art. 258, d'Anjou, art. 241, de Bourgogne, chap. 7, art. 21, le père est aussi en droit de rappeler à la succession de sa femme, la fille qu'il marie et dote; mais c'est par une raison toute différente de celle qui a servi de motif à la coutume de Normandie : c'est parceque ces lois n'accordent qu'au père l'autorité d'exclure ses filles par les dots qu'il leur constitue, et que cette exclusion ne porte pas seulement sur sa succession, mais encore sur celle de la mère.

III. La coutume d'Auvergne, chap. 12, art. 25, exclud pareillement de toute succession paternelle et maternelle la fille qui est mariée, non-seulement par le père, mais encore « par l'aïeul paternel, ou par un tiers, ou » d'elle-même, lesdits père ou aïeul paternel » et mère vivans »; et cependant ce n'est qu'au père et aux autres ascendans paternels qu'elle permet, art. 27, de « réserver à leur» dite fille, et autres descendans en droite » ligne, droit successif de père, mère, et au» tres desdits parens ».

L'art. 240 de la coutume de la Marche porte la même chose.

Ces deux coutumes permettent néanmoins aux collatéraux qui dotent une fille, du vivant de son père ou de son aïeul paternel, de lui accorder le bénéfice du Rappel; mais elles ne le font opérer que pour les successions de ces collatéraux. C'est ce qu'établissent l'art. 28 du chap. 12 de la première, et l'art. 241 de la seconde.

IV. Suivant l'art. 305 de la coutume de Bourbonnais, « fille mariée et apanagée par » père ou par mère, aïeul ou aïeule paternels » ou maternels, après le décès de ses père et » mère, est exclue de toute succession en » ligne directe à l'infini, et en ligne collatérale jusqu'aux termes de la représentation »; et par l'art. 311, il est permis à celui des ascendans qui opère cette exclusion légale par l'établissement qu'il procure à la fille, « de lui réserver droit successif de » père et mère et autres lignagers, tel que » bon lui semble ».

V. Dans la coutume de Loudunois, l'exclusion n'a lieu que pour la succession de l'ascendant qui a doté; et, par une conséquence nécessaire, il n'y a que cet ascendant qui puisse y remédier par le Rappel. C'est ce que décide l'art. 26 du chap. 27 : « Fille noble, » mariée par père ou par mère, suffisamment » apanagée, et qui a eu don de mariage, est » forclose de la succession de père ou mère, » d'aïeul ou d'aïeule de celui qui lui aura fait » ledit don, tant qu'il y ait hoir descendant » dudit hoir mâle....., si expressément ne » lui a été réservée en faisant ledit mariage ».

On remarque le même esprit dans la coutume de Touraine, art. 284 : « Fille noble, » mariée par père ou mère, suffisamment apa» nagée, qui a eu don de mariage, est, avec » ses descendans, forclose des successions de » sesdits père ou mère, aïeul ou aïeule, et de » celui d'eux qui a fait ledit don, encore » qu'elle mourût du vivant desdits père ou » mère, et ce, tant qu'il y aura hoir mâle, » ou hoir descendant d'hoir mâle.....; si» non, qu'en faisant ledit contrat de mariage, » lui eût été réservé de venir à ladite succes» sion, ou que, par lesdits père, mère, aïeul » ou aïeule, elle ou sesdits descendans eussent » été rappelés ».

La coutume de Poitou doit être rangée sur la même ligne, puisqu'elle n'exclud pareillement la fille que de la succession de celui qui l'a mariée et dotée de ses biens.

Il en est de même de celle de Bretagne, comme le fait entendre l'art. 557.

VI. Il n'est point douteux que les mâles ou descendans de mâles, au profit desquels la fille est exclue, ne puissent la rappeler eux-mêmes, lorsque la succession est échue.

Mais est-il au pouvoir d'un frère de faire ce Rappel, pour se dispenser de fournir à sa sœur le *mariage avenant* que lui accordent quelques coutumes ?

Mathieu, *de afflictis*, dans son commentaire sur les ordonnances de Naples, décide, d'après Joannes Andréas, qu'il le peut, et cela, tant parceque le retour au droit commun est favorable, que par la règle qui permet à chacun

de renoncer à une faveur introduite pour lui.

Cette opinion a été suivie autrefois en Normandie : Basnage en rapporte un arrêt rendu en 1642, « entre les nommés Havy : l'aîné » d'iceux (dit-il), en la coutume de Caux, » voulait recevoir sa sœur à partage; la sœur » et puînés y résistaient, prétendant que l'aîné » faisait cette déclaration en fraude; et néan- » moins, il fut dit que la sœur prendrait » son partage ».

Mais cette jurisprudence a été changée par les arrêts postérieurs. Basnage en cite un, sans date, émané du parlement de Paris, « pour » une succession située en Normandie, en- » tre demoiselle Angélique de Rotelin, contre » le sieur marquis de Rotelin, son frère; et » bien que cette demoiselle eût été réservée » à partage par son frère, elle fut reçue à » demander mariage avenant ».

Le même auteur observe que le parlement de Rouen jugea la même chose, le 17 mai 1664.

La question s'étant représentée le 11 décembre suivant fut appointée, et par arrêt du 13 mai 1667, « il fut dit que les filles au- » raient leur mariage avenant, et néanmoins » permis au frère de bailler des héritages de » la succession en paiement de l'estimation » du mariage avenant ».

Cet arrêt n'a pas dû souffrir grande difficulté, sa disposition étant écrite d'avance dans l'art. 47 des *placités* arrêtés l'année précédente : « Les frères ne peuvent obliger » leurs sœurs de venir en partage, au lieu de » mariage avenant; mais ils peuvent payer » ce qui sera arbitré pour ledit mariage, en » héritages ou rentes de la succession ».

Basnage fait, sur cette jurisprudence, une observation qu'il faut remarquer : « Elle s'é- » loigne (dit-il) de l'esprit de la coutume : » c'est un avantage qu'elle a voulu faire aux » frères, en excluant les sœurs du partage; » et par conséquent il doit être en la liberté » des frères de renoncer à ce qui est intro- » duit en leur faveur : cependant, comme » ordinairement les frères ne font ces décla- » rations que par un esprit de vexation, on » a trouvé qu'il était plus équitable de laisser » l'option aux sœurs ».

Au surplus, *V.* l'article *Réserve à partage*.

§. II. *Des actes par lesquels on peut rappeler, et de la forme requise pour le faire valablement.*

I. La plupart des coutumes veulent que le Rappel, ou du moins la faculté de rappeler, soient stipulés par un acte antérieur au mariage dont procède l'exclusion légale de la fille. C'est ce qui résulte des mots, *en mariant*, ou *faisant le mariage*, dont se servent Bourbonnais, art. 311; Auvergne, chap. 12, art. 27; Lodunois, chap. 27, art. 26; la Marche, art. 240; Normandie, art. 258; Anjou, art. 241; le Maine, art. 258.

Cette disposition fait naître plusieurs questions :

1° Forme-t-elle un droit commun?

2° Peut-on, dans les coutumes qui l'admettent, rappeler par un second contrat de mariage, comme par un premier?

3° Est-il indifférent que le Rappel soit fait par tel ou tel acte, pourvu qu'il précède le mariage?

II. Sur la première question, Lebrun dit « que, si une coutume d'exclusion ne prescri- » vait pas, pour la forme du Rappel, qu'il » fût fait par le premier contrat de mariage, » il y aurait lieu de soutenir qu'il pourrait » être fait par un simple acte, et cela sur le » fondement de ce principe que je tiens de » Coquille, quest. 129, que l'exclusion cou- » tumière n'est principalement établie que » sur une présomption de la volonté du père, » laquelle présomption se peut effacer par » une simple déclaration contraire, parceque » ce qui est exprès, prévaut à ce qui est pré- » sumé, selon Bartole, sur la loi *cùm ex filio*, » §. 1, D. *de vulgari* ».

Bretonnier enseigne la même chose dans ses *Questions de droit*, au mot *Renonciation*; mais c'est à tort qu'il cite la coutume de Poitou comme conforme à son opinion : l'art. 241 de cette coutume y est au contraire diamétralement opposé.

III. La seconde question est très-simple. Dès qu'une coutume veut que le Rappel précède le mariage d'où naît l'exclusion légale, il est clair qu'il ne peut pas être fait par le contrat d'un second mariage; puisque la fille qui se remarie, est déjà exclue de droit par le premier. Aussi l'art. 311 de la coutume de Bourbonnais déclare-t-il que « la fille, une » fois mariée et apanagée, ne peut être rap- » pelée à aucun droit successif au préjudice » des mâles ou de leur descendans, sans leur » consentement exprès, soit par second con- » trat de mariage ou autrement ».

L'art. 241 de la coutume de la Marche, et l'art. 29 du chap. 12 de celle d'Auvergne, portent la même chose.

Cette disposition a été étendue à la coutume de Normandie, par un arrêt dont Basnage nous retrace ainsi l'espèce :

« Barbe Trubert, en mariant Anne Le

Cauchois, sa fille, lui donna six cents livres; depuis, cette Anne Le Cauchois ayant contracté un second mariage, sa mère la réserva à sa succession. Après la mort de cette mère, Julien Navarre, troisième mari d'Anne Le Cauchois, demanda à partager sa succession avec les frères de sa femme, qui contestaient cette réservation, comme étant nulle;

» Le vicomte de Rouen l'ayant jugée valable, sur l'appel, le bailli cassa la sentence.

» Navarre en ayant appelé, Dehors, son avocat, remontrait que le père avait cette liberté de donner à la fille, soit en la mariant, ou par tel acte qu'il lui plaisait, soit avant ou après le mariage; que par conséquent il avait aussi la faculté de réserver en tout temps. Car si l'on prétendait tirer avantage des paroles de cet article, *en la mariant*, pour en induire que le père ne le pouvait que *in actu maritationis*, on répondait qu'il était en ces termes, puisque la réservation était faite par le contrat du second mariage de la fille, et qu'il n'y avait pas d'apparence de restreindre cette liberté au premier mariage, n'y ayant aucune raison de différence; et la loi n'ayant pas fait cette distinction de premières ou secondes noces, c'était assez, pour rendre cette réservation valable, qu'elle fût faite par un contrat de mariage.

» Le Normand, au contraire, pour Nicolas Le Cauchois et ses co-héritiers, soutenait que ces termes, *en la mariant*, ne s'entendaient que du premier mariage, et non pas du second, parcequ'alors c'était la fille qui se remariait; qu'on ne pouvait faire force des arrêts qui avaient confirmé les donations faites aux filles depuis leur mariage; car il y a bien de la différence entre un supplément de dot et une réservation à partage; au premier cas, les pères et les mères ne peuvent donner que jusqu'à concurrence du tiers de tout le bien, de quelque nature qu'il soit; mais en vertu de la réservation à partage, la fille a une part égale aux meubles et aux biens de bourgage; que, si ces réservations après le mariage étaient approuvées, elles produiraient du trouble et de la brouillerie dans les familles, faisant rentrer une fille à partage, lorsque l'on croyait qu'elle en était exclue après son mariage.

» Par arrêt donné à la grand'chambre, le 28 janvier 1656, on mit, sur l'appel, hors de cour et de procès.

» La véritable et solide raison de notre jurisprudence, est qu'il n'y aurait rien d'assuré dans les familles; un père, après avoir marié son fils avantageusement, pourrait ruiner sa condition, en rappelant à partage ses filles mariées ».

Basnage ajoute que c'est une question s'il en est de même, lorsqu'il s'agit d'un Rappel fait par une mère qui n'avait rien donné à sa fille lors du premier mariage.

Il soutient la négative d'après un arrêt du 29 juillet 1629; mais, et cela est surprenant, cet arrêt même décide formellement le contraire. On en jugera par les propres termes de l'auteur:

« Marguerite Grachet avait été mariée par son père et sa mère, qui ne lui donnèrent aucune chose. Depuis, en contractant mariage avec Joli, sa mère lui donna 300 livres pour toute et telle part qu'elle pouvait prétendre dans sa succession, si mieux elle n'aimait partager avec ses frères.

» Le frère lui disputa ce partage, parcequ'elle avait été mariée par son père et sa mère; qu'ils avaient pu la marier sans lui rien donner, que d'ailleurs, suivant l'art. 448, toutes donations d'immeubles, faites de père à fils en faveur de mariage, doivent être insinuées, et que celle-ci étant à prendre sur les immeubles, était nulle, faute d'insinuation.

» Joli soutenait que, suivant l'art. 258, le père et la mère pouvaient réserver leur fille en la mariant; que la coutume ne distinguait point entre les premières et les secondes noces; qu'ils pouvaient aussi leur donner après le mariage; que son père et sa mère n'ayant aucun bien, ils ne lui avaient rien donné: et étant depuis échu une succession à la mère, elle avait voulu en faire part, consentant la réduction, en cas d'excès, ou d'être reçue à partage.

» Le juge de Neufchâtel ayant dit à tort l'action de Joli, on cassa la sentence, *sauf à Gruchet à rappeler sa sœur à partage* ».

Qui ne voit que la faculté réservée au frère de laisser partager sa sœur avec lui, pour se dispenser d'exécuter la donation dont il s'agissait, suppose évidemment que le Rappel était nul par lui-même? Car, s'il eût été valable, ce n'aurait point été au frère, mais à la sœur, que l'option eût été déférée: le contrat du second mariage le portait expressément.

Ce qu'avait fait, dans l'espèce de cet arrêt, la mère de Marguerite Gruchet, les coutumes d'Auvergne, de la Marche et de Bourbonnais permettent à tous les ascendans de le faire lorsqu'ils le trouvent à propos; et qu'ils n'excèdent point les termes de la disponibilité légale.

La première de ces lois, après avoir établi, chap. 12, art. 29, qu'une fille une fois exclue

par un premier mariage, ne peut plus être rappelée lors d'un second, ajoute, art. 30 du même chapitre : « Toutefois n'est prohibé » auxdits père, mère et parens collatéraux, » lui donner, léguer ou disposer de leurs » biens à son profit, autrement que par ré- » servation de l'espoir du droit successif ».

Les coutumes de Bourbonnais et de la Marche contiennent la même disposition; et celle-ci y met une restriction qu'on doit sous-entendre dans les autres : *selon*, dit-elle, *que la coutume permet en disposer.*

IV. La troisième question que nous avons à discuter, n'est pas plus épineuse que les deux premières.

Il paraît que quelques-unes des coutumes dont il s'agit, veulent absolument que le Rappel soit stipulé, non-seulement avant que la fille soit mariée, mais par le contrat même de mariage. Telle est celle de Bourgogne, chap. 7, art. 21.

Mais on n'est pas aussi rigide dans les autres coutumes, et notamment dans celle de Normandie. « On ne doute plus au palais (dit » Basnage) que le père ne puisse réserver sa » fille à partage *quocumque actu*, par le con- » trat de mariage, par acte entre-vifs ou » par testament, pourvu néanmoins que ce » soit avant ou lors du mariage ».

V. Faut-il, pour la validité du Rappel, qu'il soit fait du consentement des héritiers à qui doit légalement accroître la portion de la fille exclue?

Cette condition n'est jamais nécessaire, lorsqu'il s'agit d'un Rappel antérieur au mariage même qui produit l'exclusion; mais elle l'est, quand il est question d'un Rappel fait depuis, et que la coutume où l'on se trouve, est du nombre de celles qui ne permettent pas de rappeler après le mariage. Dans ce cas, le consentement des parties intéressées couvre la nullité du Rappel. On a vu plus haut que telle est la décision expresse des coutumes d'Auvergne, de la Marche et de Bourbonnais.

Lebrun observe, à ce sujet, que *le consentement des mineurs est sujet à restitution, et* que, *quand des majeurs ont une fois consenti, ils ne peuvent plus se dédire.*

« Que, s'ils viennent à décéder (ajoute-t-il), leurs héritiers sont obligés d'entretenir le Rappel, suivant Dumoulin, sur l'art. 8 du chap. 25 de la coutume de Montargis; en sorte que les intéressés dont il est parlé dans cet article de la coutume de Montargis et dans les autres coutumes, ne sont pas ceux qui sont au plus proche degré lors du décès, comme l'on dit dans les matières de légitimation par lettres (1), mais ceux qui sont tels lors du Rappel, parcequ'il est plus favorable que la légitimation par lettres.

» Ainsi, les morts imprévues ne doivent pas être une occasion de le faire déclarer nul, quand le père ou aïeul a usé des précautions qui lui sont indiquées par la coutume ».

VI. Le Rappel doit, suivant quelques auteurs, être exprimé en termes clairs et précis; sinon, il ne se présume point, et l'on n'admet pas d'équipollence en cette matière; « parceque (dit Basnage) la coutume est » toute mâle, et les filles, pour être admises » à succéder, y doivent être réservées par » une volonté expresse du père ».

Lebrun convient de ce principe; mais il prétend qu'un père est censé rappeler sa fille, lorsqu'il lui fait, par son contrat de mariage, une donation à titre d'avancement d'hoirie. C'est aussi ce que soutiennent Taisand, sur la coutume de Bourgogne, chap. 7, art. 21, n° 12, et Hevin, sur l'art. 557 de la coutume de Bretagne.

Boullenois, dans son *Traité des Statuts personnels et réels*, tome 1, page 328, estime que la question dépend beaucoup des circonstances.

« Par exemple (dit-il), un homme est domicilié dans une coutume de partage; ses biens y sont situés pour la plupart, et il a par hasard quelques fonds dans une coutume d'exclusion; je ne croirai pas, dans cette espèce, que la donation sur la succession future emporte une réserve dans la coutume d'exclusion, parceque la clause peut se vérifier et s'exécuter sans cela, puisqu'il y a réellement une succession à laquelle la fille est appelée, et qu'il ne paraît pas raisonnable de présumer dans le père une intention de rappeler, quand il ne s'est pas expliqué plus précisément.

» Il en serait de même, si le père, domicilié dans une coutume de partage, ayant donné à sa fille sur sa succession future, venait, par la suite, à acquérir quelque bien dans une coutume d'exclusion, parceque le père n'est pas présumé avoir voulu prévenir une exclusion qui n'avait pas lieu pour lors, et que la clause n'a pas force d'institution d'héritier; que, par conséquent, le père a été le maître d'acquérir où bon lui a semblé, et qu'il faut subir la loi prescrite dans le lieu de la situation. En effet, présupposons la clause dont il s'agit. Un père n'aurait-il pas

(1) *V.* l'article *Légitimation.*

pu acquérir un fief plutôt qu'une roture, et donner, par cette acquisition, des droits d'aînesse à l'aîné mâle ? N'aurait-il pas pu acquérir en Ponthieu, où il n'y a qu'un héritier, sans que la fille dotée sur la succession future pût se plaindre ? Pourquoi donc voudrait-on que le père n'eût pas pu acquérir en coutume d'exclusion, et que son intention eût été de se lier les mains, ou de déroger à une exclusion de coutume dans laquelle il n'avait pas encore acquis..... ?

» Mais si un homme est domicilié en coutume d'exclusion, que tous ses biens y soient situés, et qu'il dote sa fille à imputer sur sa succession future, je crois qu'une pareille clause vaut reserve dans les circonstances que nous venons de proposer, n'étant pas possible de présumer que le père ait donné à sa fille sur sa succession future, dont il savait qu'elle était exclue par la loi de son domicile et de la situation de ses biens, si ce n'est pour la rappeler.....

» Que, si le père était domicilié dans une coutume d'exclusion, qu'une partie de ses biens y fût située, et qu'il en eût aussi une bonne partie dans une coutume de partage, j'estimerais que, comme on ne peut pas présumer que le père, lors de la dotation, n'ait pas eu sous les yeux l'exclusion portée par la coutume de son domicile, où une bonne partie de ses biens est située, il est aussi à présumer qu'il n'a donné à sa fille sur sa succession future, que pour ne pas la priver d'une partie de ses biens, que l'exclusion lui aurait enlevée ».

C'est, sans doute, dans l'un de ces deux derniers cas, qu'a été rendu un arrêt qui nous est ainsi retracé par Brodeau, sur l'art. 254 de la coutume de Normandie :

« Il n'est pas nécessaire que la réserve qui se fait dans le contrat de mariage, soit formelle, expresse et précise; ainsi, la tacite suffit; comme si les père et mère ont donné à leur fille en avancement d'hoirie, ou qu'elle pourra rapporter ou moins prendre.

» C'est la décision de l'arrêt donné au parlement de Rouen, sur un appointé au conseil, le 18 août 1601. La dame de Sarbruck, dame Diane de La Marck, et le sieur duc de Bouillon, parties plaidantes ».

C'est probablement de cet arrêt que veut parler Leprestre, lorsqu'il dit, cent. 1, chap. 36, « que, par la donation en avancement d'hoirie, la fille, dans la coutume de Normandie, a été jugée rappelée à la succession de son père, pour partager avec ses frères, de laquelle, sans Rappel, elle était exclue par la même coutume ».

Cette doctrine n'est cependant pas sans antagonistes. Elle est combattue par Constant, sur la coutume de Poitou, art. 220; et elle a été proscrite par un arrêt dont l'espèce est rapportée, en ces termes, par Basnage, sur l'art. 258 de la coutume de Normandie :

« Jeanne de Monpelé, en mariant Rachel Le Sire, sa fille, avec Jacob Lamy, lui paya une somme de 1200 livres que son père lui avait léguée par son testament, et lui donna encore 600 livres de rente, à prendre sur ses héritages et rentes, *et ce par forme d'avancement de succession, et sans préjudice à cette fille, après la mort de sa mère, de prendre part en sa succession, suivant la coutume du pays où les héritages de cette mère seraient situés.*

» Rachel Le Sire étant devenue veuve, passa en second mariage avec Le Forestier, sieur de Grand-Val, lequel, après la mort de la mère, demanda partage dans sa succession, tant des biens de Normandie que de ceux de France, prétendant que ces mots, *par avancement de succession*, et les suivans, *sans préjudice*, servaient de réservation à partage pour les biens de Normandie; autrement ils eussent été superflus; n'étant pas besoin d'une réservation expresse pour ceux de France, où la loi donne part aux filles.

» Le frère soutenait que, pour admettre une sœur à succéder aux biens de la Normandie, il faut une réservation formelle, et que les frères l'y appellent. Si la mère n'avait eu des biens qu'en Normandie, les paroles du contrat de mariage paraissaient assez expresses, pour valoir réservation; mais les biens étant situés en Normandie et en France, la mère avait laissé sa succession dans le droit général, par ces mots, *suivant la coutume du pays où les héritages sont situés :* ainsi, les filles n'ayant point de part aux biens de Normandie, elle ne pouvait demander partage qu'aux biens de France.

» Cette raison porta la cour à débouter le sieur de Grand-Val de son action, par arrêt de la chambre de l'édit, du trois décembre 1664 ».

L'annotateur de Basnage remarque que, *quand Jeanne de Monpelé n'aurait laissé de biens qu'en Normandie, sa fille n'y aurait pas eu partage.*

« Car (dit-il) les termes de son contrat de mariage n'exprimaient pas assez expressément que sa mère la réservait à partage.

» C'est ce qui a été jugé par arrêt du 19 janvier 1735. Le contrat de mariage portait ces termes : *En outre, ont la mère et les frères réservé ladite future à la succession de*

sa mère, de ce qui peut lui en compéter et appartenir : par l'arrêt, rendu au rapport de M. de Germont, la cour jugea que ces termes n'opéraient pas une réserve à partage en faveur de cette fille, qui fut réduite à son mariage avenant ».

Il y a encore dans le commentaire de Basnage, un arrêt qui juge la même chose que celui-ci, et confirme de plus en plus le principe que tout Rappel doit être exprimé en termes clairs et formels.

« La veuve du sieur Coq avait des biens en Normandie et en Hollande; et en mariant une de ses filles avec Isabel, procureur à la cour, *elle lui promit de garder sa succession, pour être partagée entre ses fils et ses filles, suivant la coutume des lieux où ils sont situés.* Isabel prétendit que cela valait une réservation à partage; et l'ayant fait juger de la sorte, sur l'appel du frère, on disait que les termes du contrat n'équipollaient point à une réservation à partage; que ce terme de réservation devait y être employé, et qu'après tout la mère ayant promis simplement de garder sa succession pour être partagée selon la coutume des lieux, elle n'avait entendu déroger aux coutumes : au contraire, elle avait laissé les choses dans le droit général; et puisque, suivant la coutume de Normandie, les filles n'entrent point en partage, la sœur ne pouvait avoir d'autre part aux biens situés en Normandie, que celle qui lui était donnée par la coutume.

» L'intimé répondait, que cette promesse de garder la succession n'était pas faite seulement pour opérer la part de la fille, elle opérait encore une réservation à partage.

» Par arrêt du 16 juillet 1680, la sentence fut cassée, et l'on adjugea seulement mariage avenant ».

V. l'article *Réserve à Partage.*

VII. Mais quand le Rappel est stipulé clairement, on ne doit pas le détruire par des interprétations subtiles. Il ne faut pas élever de question de volonté sur les actes qui n'ont rien d'obscur ni d'équivoque. L'annotateur de Basnage dit que, « par arrêt du » 16 décembre 1755, le parlement de Nor» mandie adjugea partage à la demoiselle » du Jonquet sur la succession de la dame » sa mère; le contrat de mariage de la de» moiselle du Jonquet portait ces termes : » *Pour la bonne amitié que la demoiselle* » *Dry, veuve du sieur Jonquet, porte à sa* » *fille, elle la réserve à sa succession, pour* » *en jouir, le cas échéant* ».

VIII. Dans les coutumes où la fille mariée et dotée n'est pas seulement exclue des successions directes, mais encore des successions collatérales, le père est-il censé la rappeler à celles-ci, en ne la faisant renoncer qu'à celles-là?

Les arrêts ont varié sur cette question.

Henrys, tome 1, liv. 6, chap. 5, quest. 24, en rapporte un qui a jugé que non; mais il convient que l'opinion contraire avait été adoptée précédemment par plusieurs autres.

Lebrun expose en ces termes les raisons sur lesquelles on fonde le parti de la négative :

« Tout ce qui n'est point exprès dans un contrat de mariage, doit être suppléé par la coutume à laquelle on doit présumer que les parties se sont rapportées pour les cas omis, sachant qu'elle contracte pour eux.

» En cette espèce, l'exclusion de la fille dotée, prononcée par la coutume, tant pour les successions collatérales que pour les directes, ne peut cesser que par une clause précise qui réserve les unes et les autres. Or, on ne peut pas dire qu'il y ait une réserve précise pour les successions collatérales, quand on ne l'infère que d'une renonciation expresse aux successions directes; ce qui est un argument fort faible, puisqu'enfin il est vrai de dire, en ce cas, que la fille a renoncé expressément aux successions directes, et tacitement aux collatérales, et que la renonciation aux directes vient de la disposition de la loi et de la stipulation du père conjointement; mais que la renonciation aux collatérales est fondée dans la disposition de la loi ».

A ces raisons, Lebrun ajoute quelques exemples qui prouvent que, dans les contrats de mariage, ce que l'homme ne règle point expressément lui-même, est aussitôt suppléé par la coutume.

Mais voici comment il justifie lui-même l'opinion contraire :

« Quand un père fait renoncer sa fille expressément, la loi, qui ne contracte, en ces occasions, qu'au lieu de l'homme, n'interpose plus son autorité, et laisse faire au père ce qu'elle n'aurait fait qu'à son défaut. Elle lui laisse stipuler ce que bon lui semble, et elle suit et exécute ses dispositions, en sorte que la fille n'est plus exclue que par la stipulation du père, et par conséquent selon l'étendue qu'il a voulu donner à la renonciation; d'où il suit que le père, ne l'ayant pas voulu faire renoncer aux successions collatérales et n'ayant pas voulu suivre, à cet égard, la disposition de la loi qui lui a paru trop dure, la fille doit venir à ces successions.....

» Cette opinion est d'autant plus probable, qu'elle produit un retour au droit naturel, qui admet les filles comme les mâles; et que d'ailleurs il est à présumer que le père, que la loi constitue souverain arbitre dans sa famille, et sur l'affection duquel elle a fondé toutes ses dispositions, n'a doté sa fille et ne l'a récompensée que pour la renonciation qu'il stipulait d'elle; et qu'en n'en stipulant point pour les successions collatérales, la dot qu'il lui avait constituée, n'est que le prix de sa renonciation aux successions directes, et qu'il aurait beaucoup augmentée, s'il avait cru que sa fille eût dû être exclue de toute succession.

» Ainsi, l'on hasarde, dans l'opinion contraire, d'aller contre la raison fondamentale de ces sortes de renonciations expresses et tacites : c'est pourquoi le dernier parti me semble le meilleur. L'intention du père qui s'explique une fois, est la loi domestique. Il n'a parlé et par conséquent n'a entendu parler que des successions directes. S'il avait prétendu exclure sa fille des collatérales, il ne lui aurait pas plus coûté de l'exprimer; joint à cela, que le cœur du père, qui incline toujours pour l'égalité, n'exclud que par degrés, et récompense à mesure, disposant la dot à proportion de l'exclusion et de la renonciation qu'il stipule. C'est l'avis de Basmaison, dans son Commentaire sur l'art. 25 du tit. 12 de la coutume d'Auvergne ».

A l'appui de ces raisons vient un arrêt du 3 mai 1662, dont Lebrun rapporte ainsi l'espèce :

« Jean Montrochier et Claude Baillon marièrent Denise Montrochier, leur fille; et par son contrat de mariage du 5 septembre 1637, ils lui constituèrent en dot 300 livres et quelques meubles, moyennant quoi ils la firent renoncer *à tous droits paternels et maternels, à leur profit et de leurs enfans nés et à naître, sauf et à elle réservée la loyale et collatérale échoite.*

» Après le décès de la renonçante, un de ses frères, nommé Georges Montrochier, mourut sans enfans; ce qui donna lieu aux enfans de la renonçante de demander part dans cette succession.

» Leurs oncles maternels soutinrent qu'ils n'y étaient pas recevables, attendu la renonciation de la mère, ce qui forma trois questions : la première, si Denise Montrochier, n'ayant renoncé qu'aux droits paternels et maternels, n'était pas censée, sans considérer même la clause du Rappel, avoir été suffisamment reservée pour les successions collatérales; la seconde, si cette réserve ainsi conçue, *sauf et à elle réservée la loyale et collatérale échoite*, n'assurait pas à Denise Montrochier ces successions collatérales, à mesure qu'il pouvait décéder quelqu'un de ses frères ou sœurs sans enfans, ou si elle ne l'appelait qu'après la mort du dernier de ses collatéraux; la troisième, si l'effet de cette réserve n'était pas transmissible aux enfans de Denise Montrochier, en cas qu'elle décédât avant quelqu'un de ses collatéraux.

» Sur ces contestations, le bailli de Busset avait débouté les enfans de Denise Montrochier de leur demande; ils en interjetèrent appel au siége présidial de Riom, qui, par sa sentence du 20 décembre 1678, infirma celle du Bailli de Busset, et faisant droit sur la demande, ordonna que les enfans de Denise Montrochier viendraient à partage des biens en question. C'était l'appel qui avait saisi la cour, sur lequel elle mit l'appellation au néant, avec amende et dépens.

» J'avais écrit au procès pour les intimés ».

IX. Le Rappel à la succession du père et de la mère est-il de quelque effet pour les successions des aïeuls ou aïeules?

Voici un arrêt qui a adopté la négative; c'est Boullenois qui nous l'a conservé :

« Du mariage de M. Guillaume de Bautru, comte de Serrant, avec dame Marie Bertrand, sont nées deux filles, l'une mariée au marquis de Vaubrun, et l'autre au comte de Maulevrier.

» Le sieur et la dame de Maulevrier ayant eu cinq enfans, ils marièrent une de leurs filles au comte de Médavi, qu'ils doterent avec cette clause : *ont lesdits père et mère réservé la future épouse à leurs successions futures, le cas arrivant, pour les partager avec ses autres co-héritiers, en rapportant*, etc. Le sieur et la dame de Maulevrier décédèrent, et depuis eux décéda le sieur comte de Serrant.

» La dame de Médavi voulait partager dans la succession les biens d'Anjou.

» On lui opposait qu'elle avait été dotée et mariée....

» Elle répondait qu'elle avait été réservée, par son contrat de mariage, à la succession de son père et de sa mère.

» On lui répliquait que cette réserve était bonne pour les successions du père et de la mère, parcequ'elle était expresse; mais qu'une telle réserve n'emportait point réserve à la succession de l'aïeul; que l'exclusion légale est une opération de la loi, qui, dans l'instant du mariage, agit indéfiniment pour toutes les successions qu'elle embrasse; et que la

réserve est un acte de l'homme, qui peut être resserré dans certaines bornes, et qu'elle n'avait été réservée qu'à la succession de son père et de sa mère, et non pas de ses aïeuls;

» Et il a été ainsi jugé par sentence des requêtes de l'hôtel, du 15 mars 1720, confirmée par arrêt de la grand'chambre, sur les conclusions de M. Gilbert, du 21 août 1721 ».

§. III. *Des effets du Rappel.*

I. Le Rappel, lorsqu'il est revêtu de la forme requise pour le faire valoir comme tel, lève, à l'égard de la fille, l'obstacle légal qui l'empêchait de venir à la succession, et par conséquent lui imprime la qualité d'héritière, comme si la coutume n'avait pas prononcé d'exclusion contre elle.

Mais si le Rappel n'est pas revêtu de sa forme constitutive, c'est-à-dire, s'il n'est pas stipulé par un acte antérieur au mariage, et qu'on soit dans une des coutumes qui exigent qu'il le soit de cette manière, il ne peut valoir que comme legs, ni conséquemment donner à la fille d'autre titre que celui de légataire. C'est ce qu'établissent virtuellement les textes cités plus haut des coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne et de la Marche.

II. Le Rappel, qui n'est fait nommément qu'en faveur de la fille, profite-t-il à ses enfans, lorsqu'elle meurt avant ceux à la succession desquels elle est réservée?

Il y a, dans les *Œuvres de Henrys*, tome 2, liv. 6, quest. 20, un arrêt du 28 avril 1635, qui a jugé pour la négative. Il a été rendu dans la coutume d'Auvergne, laquelle porte, comme on l'a vu ci-devant, chap. 12, art. 27, que « les pères et autres ascendans, en ma» riant en premières noces leur fille, ou » autres descendans en droite ligne, peuvent » réserver à leur dite fille ou autres descen» dans en ligne droite, droit successif de » père, mère, et autres sesdits parens ».

Mais cet arrêt ne peut pas être regardé comme un préjugé général, parceque la coutume d'Auvergne paraît faire entendre, par la particule *ou*, répétée deux fois, qu'il est au choix de l'ascendant qui marie une fille, soit de la rappeler sans ses enfans, soit de rappeler ses enfans sans elle, soit de la comprendre avec eux dans une même clause.

Il n'est pas même décisif pour la coutume d'Auvergne.

« Si on l'examine (dit Lebrun), on y trouvera des particularités; car, quoique la réserve fût faite précisément en cas de survie de la fille et des siens, néanmoins elle finissait en ces termes : *Avec puissance laissée à ladite fille, si bon lui semble, et à ladite succession paternelle, en rapportant.* Or, ces termes semblaient limiter la réserve et le rapport au profit de la fille.

» Et Henrys témoigne, nonobstant cela, qu'il est persuadé que ceux qui défendirent cette affaire, ne firent pas assez de réflexion sur la première partie de la clause, qui suffisait pour établir la réserve au profit des enfans, en cas de prédécès de la fille ».

Enfin, on a vu dans le §. précédent, que le contraire a été jugé pour la coutume d'Auvergne elle-même par un arrêt du 3 mai 1692; et Lebrun nous paraît avoir très-bien démontré l'exactitude de cette opinion.

« Le Rappel (dit-il) est une espèce d'institution contractuelle, dont la transmission par conséquent doit avoir lieu en cas de prédécès de la fille instituée. En effet, si cela se juge ainsi pour les enfans d'une fille en faveur de laquelle le père blesse l'égalité, par une institution contractuelle qu'il fait à son profit, au préjudice de ses frères et sœurs....., à combien plus forte raison cela se doit-il observer au profit des enfans d'une fille que le père réserve pour les successions directes auxquelles elle viendra également et sans aucun avantage sur ses co-héritiers? Car cette réserve..... a été souvent une condition sans laquelle le mariage n'aurait pas été accompli.....

» On peut dire même que les coutume d'exclusion, et entre autres la coutume d'Auvergne, ont prévu ce cas, et l'ont décidé conformément à notre opinion, puisque cette coutume, tit. 14, art. 17 et 40, dit que les convenances faites par contrat de mariage, saisissent les personnes mariées et leurs descendans.....

» *Enfin*, je n'ai jamais trouvé de raison solide qui appuyât l'opinion contraire, et qui dût obliger, dans cette espèce, de faire une exception à la règle générale, qui veut qu'en stipulant pour nous, nous soyons censés stipuler pour nos héritiers, et principalement pour nos enfans qui sont saisis de notre vivant. (Loi 9, D. *de probationibus*).

» La principale de celles qu'on oppose, est que le droit commun de ces coutumes n'est pas d'établir d'égalité entre les enfans, mais de préférer les mâles.

» Cependant il faut avouer que cette présomption cesse, dès que le père a réservé sa fille en la mariant; auquel cas, la disposition expresse fait cesser toute présomption de volonté contraire; et d'ailleurs, il faut s'aveugler

à plaisir, pour soutenir qu'un père qui pourvoit à sa fille, en la réservant dans son contrat de mariage, ne soit pas censé avoir dessein de pourvoir aux enfans de sa fille, en cas qu'elle prédécède ».

III. Le Rappel qui se fait par contrat de mariage, est-il irrévocable?

L'affirmative ne souffre aucun doute; mais c'est une question si cette irrévocabilité va jusqu'à obliger le père de laisser à la fille rappelée une part égale à celle des autres enfans.

Lebrun a cru que l'art. 24 de la coutume d'Anjou portait jusque-là l'effet de l'irrévocabilité du Rappel; mais cet article ne parle que des institutions contractuelles; et notre question est précisément de savoir si un père est censé instituer contractuellement la fille qu'il rappelle par son contrat de mariage.

Il est un cas où il ne peut y avoir de doute raisonnable sur la négative : c'est lorsque le Rappel n'a point pour objet la succession même du père qui le stipule, mais celle d'un collatéral. « Car (dit Lebrun) le père, qui, » en mariant sa fille, la réserve à une succes» sion collatérale, ne lui promet point cette » succession, mais ne prétend faire autre » chose que lever l'obstacle de l'exclusion » coutumière pour cette succession, et réta» blir sa fille à cet égard dans ses droits na» turels. Il ne prétend point lui garantir la » succession à laquelle il la rappelle (1), par» ce qu'il peut arriver que la rappelée décède » avant celui à la succession duquel il fait ce » Rappel, ou que celui-ci dispose de ses biens; » et le père sait qu'on ne peut pas faire un ti» tre irrévocable ni une institution contrac» tuelle pour la succession d'autrui. La fille, » en ce cas, ne peut pas non plus prétendre » devoir être réputée instituée pour la succes» sion de ce collatéral, parceque toute insti» tution contractuelle, qui est une véritable » donation, doit être expresse selon la loi 23, » la loi 31, §. 3, et la loi 32, D. *de donationi» bus;* et cette institution tient aussi cela de » l'institution testamentaire, qui doit être » précise et ne se supplée jamais, selon la loi » 65, D. *de heredibus instituendis* ».

Il y a plus de difficulté sur le Rappel qu'un père fait à sa propre succession, sans y rien ajouter de ce qui caractérise l'institution contractuelle. Basnage et Lebrun décident qu'il n'apporte aucun obstacle aux dispositions qu'il plaira au père de faire de ses biens, et qu'il n'est irrévocable que pour le titre d'héritière qu'il donne à sa fille, et le droit qu'il lui assure de demander sa légitime, au cas que la succession soit épuisée par des donations ou des legs. Ces auteurs appuient leur opinion de toutes les raisons dont on se sert communément pour établir la même thèse, à l'égard du Rappel considéré comme un remède au défaut de représentation légale. *V.* ci-devant, sect. 1, §. 1, art. 5.

[[§. IV. *Quel est, sur le Rappel des filles exclues, l'état actuel de la législation?*

V. l'article *Exclusion coutumière.*]]

SECTION IV. *Du Rappel des filles qui ont expressément renoncé, par leur contrat de mariage, à une succession future.*

Cette quatrième espèce de Rappel a beaucoup d'affinité avec la troisième : c'est pourquoi nous suivrons pour l'une, le même ordre que nous avons déjà suivi pour l'autre.

§. I. *Des personnes qui peuvent rappeler une fille exclue par une renonciation expresse.*

I. « Le bon sens (dit Bretonnier) dicte que » le père et la mère, qui ont stipulé la renon» ciation, peuvent rappeler leur fille à leur » succession; car cette fille, pour avoir re» noncé, ne s'est pas rendue indigne de l'af» fection de son père et de sa mère. Si les » parens, après avoir déshérité un enfant in» grat, peuvent néanmoins le rappeler à leur » succession, pourquoi ne pourraient-ils pas » faire la même grâce à une fille qui n'a point » démérité ».

Mais ne peut-on pas objecter à cet avis que les frères de la fille ont acquis, par sa renonciation, le droit de l'exclure, et que, par conséquent il ne doit pas être au pouvoir du père et de la mère de la rappeler sans leur consentement.

Il faut convenir que rien ne peut dispenser de ce consentement, lorsqu'il s'agit d'une renonciation faite dans une des coutumes d'exclusion légale, qui ne permettent le Rappel que par contrat de mariage, telles que sont Bourbonnais, Auvergne et la Marche. « Dans » ces coutumes (dit Lebrun), après une » renonciation expresse, le Rappel ne se » peut plus faire sans le consentement des » intéressés, et cela à plus forte raison que

(2) On peut appuyer cette assertion d'un arrêt du parlement de Toulouse, du 5 septembre 1602, rapporté par Cambolas, liv. 3, chap. 25, et par Brillon, au mot *Donation*, no 144.

» dans les renonciations tacites, parceque le » droit est ici acquis aux frères par une dé- » claration formelle de la fille qui y a re- » noncé; outre que ces coutumes comparent » souvent la renonciation expresse et la ta- » cite, comme il se voit en l'art. 307 de la » coutume de Bourbonnais ».

Dans les autres coutumes, point de doute que le Rappel ne puisse avoir lieu sans le consentement des frères, soit que la renonciation ait été stipulée en termes purs et simples, soit qu'elle ait été faite expressément en leur faveur. C'est ce que démontre parfaitement Renusson.

« Le Rappel (dit-il) est de droit commun; comme le père a bien pu faire renoncer sa fille à sa succession future, il peut aussi la rappeler; tant qu'il est vivant, sa succession n'est acquise à personne; *quæ invidia,* si pendant que les choses sont entières et en suspens, le père remet sa fille au même état qu'elle était avant sa renonciation?

» La fille était naturellement d'elle-même, avant sa renonciation, par sa qualité de fille, habile à succéder à son père et à sa mère; le Rappel est un retour favorable à son premier état; comme le père peut disposer de son bien, le consommer entièrement, à plus forte raison il lui doit être permis de rappeler sa fille à sa succession; il ne doit pas avoir besoin du consentement de ses enfans: comme il l'avait exclue par la renonciation qu'il avait stipulée d'elle, il peut bien aussi la rappeler par une volonté contraire. *Secundùm enim naturam est unumquodque dissolvi ex modo quo colligatum est; ideò contractus qui consensu fiunt, voluntate partium dissolvuntur.* Loi *ab emptione,* D. *de pactis* ».

Cette opinion est conforme à ce que décide, pour les filles roturières, la coutume de Poitou, dans laquelle l'exclusion légale n'a lieu qu'à l'égard des filles nobles. Voici ce qu'elle porte, art. 221: « Toutefois lesdits père et » mère peuvent rappeler leursdites filles qui » auraient renoncé auxdites successions, » quand bon lui semblera, sans le consente- » ment des autres frères et sœurs ».

II. Le père peut-il rappeler à la succession de sa femme, en même temps qu'à la sienne, une fille qui a renoncé à l'une et à l'autre, moyennant la dot qu'ils lui ont constituée?

« L'autorité du père (répond Lebrun) est grande dans sa famille; et l'on voit, que dans plusieurs coutumes, il n'y a que la dot constituée par le père qui exclue la fille: le Maine, art. 258.

» Ainsi, sur cette matière même, elles permettent bien plus au père qu'à la mère. D'ailleurs, qui peut mieux prendre le bon parti pour les enfans que la prudence du père? Cependant il faut dire que, comme le père ne peut faire renoncer sa fille à la succession de sa mère (Maynard, liv. 4, chap. 21; et Coquille sur la coutume de Nivernais, chap. 23, art. 24), aussi il ne la peut pas rappeler à cette même succession, parceque ce serait faire faire un testament à sa femme; et quoiqu'il en soit le chef, son pouvoir est limité au temps du mariage ».

III. Les frères de la fille qui a renoncé, peuvent-ils la rappeler à la succession de leur père, avant que cette succession soit ouverte?

Il faut distinguer si ce rappel a été ratifié par le père ou non. Au premier cas, il est valable, suivant la loi 30, C. *de pactis,* rapportée aux mots *Succession future,* n° 1. Au second cas, on le regarde comme contraire aux bonnes mœurs et par conséquent nul.

IV. Lorsque la fille a renoncé aux successions de ses collatéraux, ceux-ci peuvent sans contredit la rappeler d'eux-mêmes: ils n'ont pas besoin pour cela de l'intervention du père ni de la mère qui ont stipulé la renonciation. C'est ce qui a été jugé par un arrêt du parlement de Bordeaux, du 29 mars 1673, rapporté dans le recueil de la Peyrère.

§. II. *Des actes et de la forme qu'on doit employer pour rappeler valablement une fille qui a renoncé.*

Le Rappel qui tend à rendre à une fille le droit de succéder qu'elle avait abdiqué par une renonciation volontaire, peut être fait par toutes sortes d'actes; il ne demande aucune forme particulière, « et il faut nécessai- » rement (dit Lebrun) qu'il soit postérieur » au contrat de mariage; car un même con- » trat de mariage ne peut pas porter une re- » nonciation expresse et un Rappel ».

Il y a cependant un cas où le Rappel est censé fait avant le mariage même, et c'est Lebrun qui en fait la remarque:

« Si quelqu'un (dit-il) a institué sa fille dans son testament pour sa part afférente en sa succession, et qu'après cela il la marie, et la fasse renoncer à sa succession future, cette institution, quoiqu'antérieure au mariage et à la renonciation, vaudra Rappel à la renonçante, supposé que le père ne l'ait point révoquée avant sa mort. La raison en est qu'elle n'a renoncé qu'à la succession *ab intestat,* et qu'une renonçante ne peut être instituée héritière; or, le testament n'a effet qu'au temps de la mort.

» D'ailleurs.....la dot même qui a été ainsi constituée pour prix de la renonciation à la succession *ab intestat*, peut passer pour une anticipation de la succession testamentaire, au moyen du rapport que la fille dotée est obligée de faire en ce cas. C'est ainsi que Fachinée, liv. 5, chap. 55, explique la loi *filia*, C. *de legatis*, où un père ayant constitué pour dot à sa fille la même somme qu'il lui avait auparavant léguée par son testament, est censé s'être acquitté; car cet auteur dit que la raison de cette loi est que le legs se trouve entier dans la dot, et qu'il en serait autrement si elle ne l'acquittait pas tout entier. Or, on peut dire ici de même que la dot n'acquittant pas l'institution, elle ne doit être imputée que jusqu'à concurrence et par la voie du rapport ».

On trouve dans les notes sur la dernière édition de Basnage, art. 258, un arrêt du parlement de Normandie, dont on peut tirer un argument en faveur de l'opinion de Lebrun :

« La mère de Catherine et de Marie-Elisabeth Bioche avait réglé par son testament, la part de ses filles à 10,000 livres, et avait stipulé qu'en cas que leur frère refusât de leur payer cette somme, elle les réservait à partage.

» Depuis, elle maria ses filles aux sieurs La Massif et Pain de Bonnemart, et ne répéta point dans leur contrat de mariage la clause insérée dans son testament; elle y stipula simplement qu'elle donnait à chacune de ses filles 6000 livres, et que les 4000 livres restant leur seraient payées après sa mort.

» Le sieur Bioche, leur frère, refusa de leur payer ces 4000 livres après la mort de sa mère : mais il fut condamné par arrêt du 20 février 1759, si mieux il n'aimait donner partage à ses sœurs sur la succession de leur mère, et mariage avenant sur celle de leur père ».

§. III. *Des effets que produit le Rappel d'une fille exclue par renonciation.*

I. La principale question que présente cette matière, est de savoir si la fille rappelée vient à la succession comme héritière, ou seulement comme légataire.

Cette question n'en est pas une pour les coutumes de Bourbonnais, d'Auvergne, de la Marche, et les autres semblables, qui, excluant de plein droit la fille mariée, ne permettent de lui réserver la qualité d'héritière que par un acte antérieur au contrat de mariage d'où naît l'exclusion légale. « Encore » que ces coutumes (dit Lebrun) ne parlent » que de la renonciation tacite qui résulte de » la dotation de la fille sans aucune réserve, » néanmoins, leur esprit est de comparer ces » deux renonciations, et d'induire également » de l'expresse et de la tacite un droit acquis » incommutablement aux frères ». Ainsi, puisqu'elles ne tolèrent d'autres dispositions au profit de la fille mariée sans réserve, que des donations particulières ou des legs, il est clair que le Rappel d'une fille qui a renoncé expressément par son contrat de mariage, ne peut, dans leur territoire, former autre chose qu'une légataire.

Renusson prétend qu'il en est de même dans toutes les autres coutumes, par la raison qu'on ne peut plus être héritier après avoir renoncé; et il ajoute qu'il en a été ainsi jugé par un arrêt du 22 mai 1574, dont il rapporte l'espèce d'après Levest, Chopin, Papon et Louet.

Mais cette opinion est contraire aux principes et à l'esprit général des coutumes qui parlent de la renonciation. « La fille (dit Le» brun) est naturellement héritière; au moyen » du Rappel qui lève l'obstacle, lequel l'em» pêchait de venir à la succession, elle rentre » dans ses droits, et est au même état que si » elle n'avait jamais renoncé, ce qui doit avoir » lieu, soit que la fille ait renoncé purement » et simplement, soit qu'elle ait renoncé au » profit d'un frère: car le père, qui peut sti» puler une renonciation à la succession des » frères même, peut bien rappeler d'une re» nonciation qui est faite à sa propre succes» sion, quoiqu'en faveur des frères. Il est » maître absolu sur sa famille, ou pour ôter » ou pour rendre à sa fille tout ce qui lui doit » venir de ses biens directement ou indirecte» ment; et comme il a pu stipuler cette re» nonciation au profit de ses enfans mâles » sans leur consentement, il peut la révoquer » de son chef, et la fille viendra à titre de » succession ».

C'est aussi ce que décide la coutume de Berry, tit. 19, art. 35 : « Pourront aussi les» dits pères, nonobstant lesdites renoncia» tions, rappeler leurs enfans à leurs succes» sions; auquel cas seront saisis comme les » autres, et seront tenus de rapporter ».

L'art. 114 de la coutume d'Etampes fait entendre la même chose : « Fille mariée par » père ou mère, ayant renoncé à leur succes» sion à échoir, n'y peut plus retourner, si » elle n'est rappelée »; ce qui signifie bien clairement (dit Lebrun) « qu'elle retourne » à la succession, et qu'elle est héritière, » quand elle est rappelée ».

Tel est aussi l'esprit de la coutume de Poitou, lorsqu'elle dit, art. 221, que « les père » et mère peuvent rappeler leursdites filles » qui ainsi auraient renoncé à leurs succes- » sions ».

L'objection de Renusson, qu'on ne peut plus être héritier après avoir renoncé, n'a rien d'embarrassant ni de solide. « Cela n'a » lieu (dit Lebrun) qu'à l'égard des renon- » ciations aux successions échues, et non pas » à l'égard des renonciations anticipées, qui, » étant d'un droit exorbitant, et n'étant fon- » dées que sur le jugement du père qui les » stipule, s'anéantissent facilement par son » Rappel, au moyen duquel il est vrai de dire » que, dans le moment de l'échéance de la » succession, il n'y a plus de renonciation » qui subsiste ».

A l'égard de l'arrêt sur lequel se fonde Renusson, il est vrai qu'il ne fait venir la fille rappelée qu'à titre de legs; mais c'est que, d'une part, il était indifférent à cette fille d'avoir la qualité d'héritière ou de légataire, parceque le défunt n'avait laissé que des biens disponibles; et que, de l'autre, elle offrait elle-même de ne faire valoir son Rappel que comme un legs.

Mais ne faut-il pas excepter de notre opinion les coutumes dans lesquelles l'institution d'héritier est interdite, au point qu'elle n'y a pas même l'effet d'un legs, telles que Vitry, Meaux et Ghaumont?

Non, répond Lebrun :

« 1° Un Rappel n'est point une institution, non plus qu'une donation de tous biens présens et à venir, quoique le Rappel, l'institution et la donation des biens présens et à venir aient souvent le même effet;

» 2° La défense de ces coutumes ne concerne que les institutions testamentaires au profit des étrangers principalement, et non point un Rappel au profit d'une fille qui a renoncé ».

II. Reste à examiner si le Rappel est révocable ou non.

Il ne l'est certainement pas, lorsqu'il est stipulé par un second contrat de mariage au profit d'une fille qui avait renoncé par le premier.

Mais dans tout autre cas, il est toujours permis au père qui l'a fait de le révoquer; c'est un acte qui tend à régler une succession future; ainsi il est sujet à la règle qui déclare la volonté de l'homme ambulatoire en cette matière jusqu'au moment de sa mort. *In omnibus quæ concernunt futuram alicujus successionem, consensus et voluntas ejusdem mutabilis est, et ambulatoria usquè ad mortem,* dit Dumoulin sur la coutume de Paris, art. 8, gl. 1, n° 53.

Constant, sur l'art. 221 de la coutume de Poitou, soutient qu'il en faut excepter le Rappel fait par forme de donation entre-vifs, et prétend qu'il en a été ainsi jugé par deux arrêts, l'un du 2 mars 1596, l'autre qu'il ne date point, mais qu'il assure avoir été rendu après trois partages.

Mais cette opinion est déjà réfutée par les principes établis ci-devant, sect. 1, §. 1, art. 5; et l'on peut d'autant moins compter sur les deux arrêts opposés par Constant, que le second est cité par Brodeau, lettre R, §. 9, comme ayant jugé directement tout le contraire.

[[§. IV. *Etat actuel de la législation sur le Rappel des filles exclues par une renonciation expresse.*

V. l'article *Renonciation à une succession future.*]]

RAPPORT A LOI. Termes usités dans les coutumes d'Artois, de la châtellenie de Lille, de Hainaut et de Cambresis, pour désigner un acte de *dessaisine, déshéritance,* ou *devest.*

Ces quatre coutumes contiennent, sur cet objet, des dispositions particulières, dont l'examen trouve naturellement ici sa place.

§. I. *Coutume d'Artois.*

L'art. 175 de la coutume d'Artois porte que, « pour vaillablement charger ou hypo- » théquer héritages, il est requis que ce fasse » par l'une des trois voies à ce introduites, à » savoir, par mise de fait..... *par rapport* » *d'héritage fait en la main du seigneur dont* » *il est tenu, en la présence de ses hommes,* » ou en faisant sur icelui *héritage* asseoir et » mettre notre *main*, comme comte d'Ar- » tois..... ».

On voit que ce texte indique trois manières d'acquérir hypothèque sur un bien-fonds : la mise de fait, la main-assise et le Rapport. Nous avons parlé des deux premiers aux articles *Mise de fait* et *Main-assise;* et ce que nous avons dit de la troisième, aux mots *Devoir de loi* et *Nantissement,* suffit pour en donner une idée complète relativement à la province d'Artois.

Nous ajouterons seulement, d'après Maillart, sur le texte cité, n° 82, qu'un arrêt du parlement de Paris, « du 27 mars 1722, rendu » au Rapport de M. Goislard, à la quatrième, » confirmatif d'une sentence du conseil pro- » vincial d'Artois, datée du 22 mars 1717, a » jugé les points suivans : 1° Que la minute » du Rapport d'héritages devait rester au

» greffe de la justice où elle avait été expé-
» diée le 22 mars 1696; 2° que cette minute
» devait être registrée et n'être pas sur une
» feuille volante; 3° que celui qui avait expé-
» dié la grosse, devait être greffier; 4° qu'il
» devait y avoir autant de cahiers séparés de
» jugemens, qu'il y avait de seigneurs diffé-
» rens; 5° que le frère du créancier ne pou-
» vait pas assister au Rapport qui donnait
» hypothèque à son frère ».

§. II. *Coutume de la châtellenie de Lille.*

Cette loi municipale renferme, sur le *Rapport à loi*, qu'elle appelle encore *hostigement*, un article qui mérite quelque attention. C'est le premier du tit. 22. Il déclare que « tous » Rapports et hostigemens de fiefs, maisons » et héritages, et *biens meubles*, faits pardevant les seigneurs, hoirs ou tenanans, » hommes de fief, échevins ou juges des » seigneuries dont ils sont tenus et mouvans, » ou en la juridiction desquels ils sont assis, » pour sûreté d'aucun dû, acquit ou autre » action personnelle, créent hypothèque, en » y observant les œuvres de loi, comme aussi » font Rapports desdits fiefs, maisons, héri- » tages et meubles adhérens au fonds, à la » conservation des rentes héritières ou via- » gères, si avant qu'ésdits Rapports et hosti- » gemens y sont spécialement déclarés; et s'ils » étaient tenus de divers seigneurs ou gisans » en diverses seigneuries, tels Rapports et » hostigemens se peuvent faire par la justice » du seigneur médiat ou souverain... ».

Cet article se réduit, comme l'on voit, à trois dispositions:

1° Il permet, comme presque toutes les coutumes de nantissement, d'hypothéquer les biens-fonds pour toute espèce de dettes et de rentes, par la voie de saisine, qu'il qualifie de *Rapport et hostigement*.

2° Il permet d'hypothéquer les meubles par la même voie, mais seulement pour de simples dettes: s'il est question d'une rente, soit viagère, soit perpétuelle, on ne peut rapporter, pour en assurer le paiement, que des terres, des maisons et des effets immobilisés par leur incorporation à ces héritages. La première partie de cette seconde disposition donne lieu à une question qu'il faut résoudre, avant d'aller plus loin:

L'hypothèque qui est créée sur les meubles par le *Rapport*, a-t-elle le même effet que celle dont on charge un immeuble?

Non. Elle n'a lieu qu'autant que les meubles se trouvent dans la possession du débiteur; car, dans la coutume de la châtellenie de Lille, comme dans toutes les autres, une fois transférés à un tiers, les meubles sont libres. C'est ce que l'art. 12 du titre cité exprime très-clairement par ces termes; *biens meubles n'ont suite d'hypothèque*.

Mais voici une autre question, qui naît d'un placard de Philippe IV, roi d'Espagne, du 29 juillet 1653.

« Personne, de quelque état et condition qu'il puisse être [porte cette loi] ne pourra désormais céder, vendre ou autrement aliéner ni engager ou oppignorer aucuns ustentiles, grains ou bestiaux, et avêtus et les autres meubles, sans en faire la délivrance à celui à qui il les aura vendus, aliénés, oppignorés ou affectés; ne soit qu'icelles ventes, cessions, transports, ou autres aliénations, affectations et oppignorations faites sans ladite délivrance effective, soient passés pardevant la loi ou magistrat du lieu du domicile du vendeur aliénant, affectant ou oppignorant; et que le vendant ou autrement affectant et oppignorant, avec cettui au profit duquel l'aliénation, oppignoration et engagement se fera, ayent déclaré et s'expurgé par serment pardevant ladite loi ou magistrat, que lesdites aliénations et oppignorations se sont et ont été faites réellement et de bonne foi, sans fraude ni dol.

» A faute de quoi, avons déclaré et déclarons par ces présentes, lesdites aliénations, oppignorations et engagemens nuls et de nul effet, au regard et en préjudice des susdits créditeurs, receveurs et collecteurs (*des aides et domaines*), non plus ni moins que si lesdites aliénations et oppignorations n'avaient été faites et n'étaient advenues ».

Ce placard, comme on le voit par sa date, a été porté avant la réunion de la châtellenie de Lille à la France. On a demandé en conséquence si, à défaut des formalités qu'il prescrit, au Rapport de meubles fait dans la coutume de la châtellenie de Lille, avec les seules formalités requises par celle-ci, pouvait être annulé.

La raison de douter était que ce placard avait été rendu pour toute la Belgique; mais comme il n'avait jamais eu d'exécution dans la châtellenie de Lille, le parlement de Flandre, devant qui la contestation était portée, a déclaré valable le Rapport dont il s'agissait. J'en ai vu l'arrêt dans les mémoires de M. le président Le Couvreur.

3° La coutume déclare que, quand les biens sont situés en différentes seigneuries, le Rapport *peut* s'en faire entre les mains des officiers du seigneur *médiat ou souverain*; et elle est en cela conforme à ce qui se pra-

tique en matière de *Mise de fait*. *V.* ce mot, §. 3.

§. III. *Chartes et coutumes de Hainaut.*

I. On connaît en Hainaut deux sortes de Rapports à *loi* : l'un pour les meubles, l'autre pour les immeubles.

II. Le Rapport des meubles a été subrogé au nantissement qui avait lieu dans cette province avant la réformation des chartes. Voici ce que porte, à ce sujet, l'art. 9 du chap. 118: « Et comme ainsi soit que, jus-» ques à présent, l'on ait pratiqué les voies » de transport, au prétexte d'assurer les cré-» diteurs, au lieu que telles assurances se » doivent prendre par voie de simple Rap-» port, d'où sourdent plusieurs fraudes fort » préjudiciables aux autres créditeurs, nous » ordonnons que, d'ici en avant, tels trans-» ports ne se pourront plus faire, ains que » les créditeurs se pourront contenter de » prendre meubles et bestiaux par forme de » simple Rapport; n'entendant néanmoins de » vouloir empêcher les vendages ou transports » absolus au profit des créditeurs ou autres, » pourvu qu'il n'y ait fraude, abolissant aussi » la rétention à titre de louage desdits biens » transportés ».

Par cet article, les créanciers ont été réduits, en fait d'hypothèque sur les meubles, à la seule voie du Rapport.

III. Quelles sont les formalités que les créanciers doivent remplir, à cet égard, pour tirer d'un Rapport tout l'avantage que la coutume en fait résulter ?

L'art. 6 du chap. 118 décide que « Rapport » de biens meubles et bestiaux, pour être » entendu vaillable, se devra faire et connaî-» tre par le débiteur, présens gens de loi » (échevins), trois du moins, *en déclarant* » et montrant les parties au doigt ou à l'œil ».

Dumées, dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, observe, sur cet article, que « les notaires ayant été créés et institués » (depuis la rédaction des chartes) pour » recevoir tous actes et contrats qui se font » entre les parties, afin de prévenir les dif-» ficultés, *il est bon* qu'un Rapport de meu-» bles soit rédigé par un notaire, dans la » forme ordinaire des actes ».

Nous croyons, comme cet auteur, qu'il est souvent à propos de faire intervenir un notaire dans un Rapport de meubles, parceque souvent les mayeurs et échevins, surtout dans les villages, savent à peine signer leurs noms. Mais il nous semble que cette formalité n'est pas de rigueur; et qu'un Rapport dans lequel ou l'aurait omise, n'en serait pas moins valable.

Il faut cependant remarquer une innovation qu'a faite sur cette matière l'édit du mois d'avril 1675, portant création de notaires en Hainaut. Il déclare « nuls et de nul effet » toutes les exécutions, mains-assises, mises » de fait, déshéritances, adhéritances, et *gé-*» *néralement tous exploits et actes de juri-*» *diction* qui se trouveront être faits à l'ave-» nir en vertu de contrat et autre acte non » scellé, mis en grosse, et signé de tabellion ». Ainsi, lorsqu'un Rapport se fait en vertu d'un contrat et pour en assurer l'exécution, il faut représenter ce contrat en grosse au moment où l'on comparaît devant les gens de loi.

IV. Une autre formalité bien essentielle pour la validité d'un Rapport, est le serment qu'y doivent prêter le débiteur et le créancier. L'un doit jurer *que le Rapport est fait à bonne et juste cause, légalement et sans fraude, et non pour vouloir frauder ni frustrer aucun tiers de ses droits ou créances*. L'autre doit affirmer qu'il ne connaît ni dol ni fraude de la part du débiteur, et qu'aussitôt qu'il sera payé de tout ce qui lui est dû, il se désistera du Rapport et n'y prétendra plus rien. C'est ce que prescrivent les art. 1 et 2 du chap. 119 des chartes, et le chap. 41 de la coutume du chef-lieu de Mons. *V.* l'article *Serment*, §. 2, art. 1, n° 3.

L'omission de ce serment ne vicie pourtant pas de plein droit le Rapport : elle ne produit cet effet, suivant l'art. 6 du chap. 118, que lorsqu'on vient par la suite à découvrir quelque fraude ou connivence entre le créancier et le débiteur.

Si, au contraire, le serment a été prêté *en bonne forme, la* preuve qu'on pourra faire, *dans la* suite, de la mauvaise foi qui a présidé au Rapport, n'emportera point la nullité de cet acte. On nous croirait à peine, si nous ne transcrivions ici le texte qui contient une disposition aussi singulière. Voici les termes de l'art. 3 du chap. 119 : « S'il » était par après trouvé que celui ou ceux » ayant fait aucuns desdits sermens pour au-» cuns des traités, vendages, obligations et » *sûretés* ci-dessus déclarés, eussent abusé de » leursdits sermens, ils en seront punis et » corrigés arbitrairement selon l'exigence des » cas; *néanmoins lesdits convens demeureront* » *bons et vaillables* »

V. les articles *Couvent*, n° 1, *Nécessité jurée*, §. 4, et *Puissance maritale*, §. 2, art. 2, n° 9.

L'art. 6 du chap. 118 prévoit le cas où le

créancier ferait exécuter le débiteur en vertu d'un Rapport; et il déclare que, si, le prix de la vente judiciaire excède le montant de la dette et des frais d'exécution, l'excédant en sera remis au débiteur; mais qu'en revanche, si le prix des meubles ne suffit pas pour remplir la dette et les frais, le créancier demeurera entier dans ses droits pour le restant.

V. Le Rapport d'héritages a, dans le Hainaut, des caractères particuliers.

Dumées, tit. 7, en parle d'une manière qui prouve qu'il était bien peu instruit des maximes de sa province. A l'entendre, « la » coutume se sert communément du terme » de *Rapport*, pour signifier l'hypothèque » qu'un débiteur assigne à son créancier, » pour sûreté de sa dette; et l'on emploie » ordinairement le terme *d'hypothèque* pour » signifier l'héritage qui est quitte et sujet à » quelque rente; cependant le Rapport est, » dans le fond, une vraie hypothèque; » ainsi, lorsqu'un débi-rentier donne un Rap- » port pour sûreté d'une rente à promesse » d'hypothèque, on dit qu'il a satisfait à son » obligation de donner hypothèque ».

Ainsi, selon Dumées, *tout devoir de loi* ou acte de nantissement qui tend à hypothéquer des immeubles, est un *Rapport;* c'est par le *Rapport* seul qu'on peut hypothéquer un héritage; et il n'y a, quant aux effets qui en résultent à l'égard du créancier, aucune différence entre les diverses manières dont on peut procéder à un acte d'hypothèque.

Osons le dire, ces assertions sont autant de paradoxes insoutenables.

Il est vrai qu'en Hainaut, comme ailleurs, et peut-être *plus qu'ailleurs*, on ne connaît d'autre voie pour acquérir hypothèque, que les *œuvres* ou *devoirs de loi* qui se reçoivent par les juges fonciers de la situation des biens. Mais la nature et les effets de cette hypothèque dépendent de la forme dans laquelle se font les *devoirs de loi*.

Si le débiteur se déshérite simplement, et qu'en conséquence il n'intervienne, de la part du bailli ou mayeur, qu'une seule *conjure* ou *semonce* (1), pour faire déclarer, par les hommes de fief, échevins, ou francs-alloëtiers, que la déshéritance est en règle; en ce cas, les devoirs de loi forment ce qu'on appelle proprement un *Rapport*.

(1) *V.* les articles *Conjure* et *Devoirs de loi*.

Mais si, après que le débiteur s'est déshérité, le créancier prend adhéritance ou saisine du bien, et que le bailli ou mayeur fasse deux *semonces*, l'une pour la validité de la déshéritance, l'autre pour la validité de la saisine, alors ce n'est plus un *Rapport*, c'est une *hypothèque* proprement dite.

Ce n'est point que, dans les deux cas, le créancier n'acquière également un droit d'hypothèque sur l'héritage; mais il y a cette différence entre l'un et l'autre que, dans le premier, l'hypothèque n'est considérée dans la personne du créancier que comme une espèce de *jus ad rem*, ou du moins comme un droit qui l'autorise seulement à se pourvoir sur le fonds même de l'héritage, pour le paiement de la dette; au lieu que, dans le second cas, le créancier est réputé propriétaire de l'héritage jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû, et y possède un véritable *jus in re*.

De cette différence, qui, pour être singulière, n'en est pas moins constante, il en naît une seconde très-remarquable : c'est que, dans le cas où le créancier n'a qu'un simple *Rapport*, sa dette conserve sa personnalité, demeure mobilière, et ne prend, en un mot, aucune teinte de droit réel (1); au lieu que, dans le second, elle acquiert toute la *réalité* du bien-fonds, et devient, non-seulement immeuble comme lui, mais encore féodale, s'il est fief; mainferme, s'il est tenu en censive; et allodiale, s'il est tenu en franc-alleu (2).

La forme dans laquelle le créancier doit se pourvoir en cas de défaut de paiement, nous présente une troisième différence entre le Rapport à loi et l'hypothèque proprement dite.

Dans le cas du Rapport, la dette conservant sa personnalité, quoique le débiteur l'ait assurée par l'affectation d'un immeuble, il est clair que le créancier doit avoir le choix d'agir par action réelle sur l'héritage rapporté, ou par action personnelle contre le débiteur. La loi 8, C. *de pignoribus*, et la loi 14, C. *de obligationibus et actionibus*, en contiennent des dispositions expresses; et elles sont suivies en Hainaut.

(1) Je trouve dans le recueil manuscrit de M. Tahon, conseiller au conseil souverain de Mons, un arrêt de cette cour, du 23 avril 1708, par lequel il a été jugé de toutes voix, « qu'une rente à promesse » d'hypothèque et assurée par un rapport de main- » ferme, reste à la charge de l'héritier mobilier, » parcequ'elle demeure en sa personnalité ».

(2) *V.* l'article *Rente constituée*, §. 11, n° 1.

Il en est tout autrement dans le cas d'hypothèque constituée par déshéritance et adhéritance : l'action du créancier est alors absolument réelle, et il ne peut la diriger que contre l'héritage même. C'est ce qu'ont jugé une foule d'arrêts, entre lesquels on remarque celui qui a été rendu au conseil souverain de Mons, le 7 octobre 1671, entre la veuve Bossu et Martin Sigault.

Il y a, dans la forme même de l'action réelle, une quatrième différence entre le Rapport et l'hypothèque proprement dite. Dans tout le Hainaut, c'est par la *plainte d'exécution* ou par la *main-mise* qu'on se pourvoit sur un héritage rapporté. L'une et l'autre voie est également ouverte en cas d'hypothèque, lorsqu'il s'agit d'un fief, d'un franc-alleu, ou de tout autre immeuble situé hors du chef-lieu de Mons. Mais s'il est question d'un mainferme régi par la coutume de ce dernier district, le créancier ne peut agir que par *main-mise* ou par *plainte de rendue à nouvelle loi*. *V.* les articles *Main-mise* et *Plainte en matière civile*.

Une autorité bien respectable vient à l'appui de tout ce que nous venons de dire sur la différence qu'il y a, en Hainaut, entre l'hypothèque et le Rapport : c'est celle de Cogniaux, jurisconsulte consommé dans les principes de la législation de cette province. Voici comment il s'explique dans ses *observations des hypothèques*, placées à la suite de sa *pratique des Retraits*, imprimée à Mons, en 1744 :

« Le Rapport est tout différent des hypothèques; car, quoiqu'à la vérité, il ait quelque chose qui en approche, en ce que, pour y parvenir, on doit pratiquer la déshéritance, le créancier ne doit pas en être adhérité, le bâton, qui en est le symbole, demeurant ès mains des gens de justice, ou de celui qui en est le chef, ou de l'un ou de l'autre. La loi qu'on donne à l'immeuble dont on fait rapport, est bien différente de celle de l'immeuble qu'on baille en rente, ou pour sur icelui prendre rente.

» Ici l'immeuble est traduit au créancier, par déshéritance et adhéritance; et là, il est simplement déshérité et laissé en mains de justice; d'où il semble que l'hypothèque est le gage prétorien, et que le Rapport est le gage judiciaire séquestré ès mains du préteur ou de celui qui exécute ses ordres, pour être vendu à la poursuite du créancier, et l'adjudicataire en être investi et adhérité après la vente.

» L'hypothèque, qui est l'effet de la déshéritance et adhéritance, est comme la mise en possession du gage ou tradition d'icelui, par fiction, qui donne *jus in re*, et fait cesser l'action personnelle, tant sur les biens hypothéqués que sur tous autres meubles et immeubles, aux exceptions ci-devant portées; et le Rapport n'empêche pas que le créancier n'exerce l'action personnelle, même par traite.

» On saisit, tant sur les fruits de l'immeuble que sur tous autres meubles et immeubles du débiteur, non-seulement pour être payé des arrérages, mais aussi pour en faire continuer le paiement jusqu'à l'hypothèque ou remboursement, et, en cas de défaut ou de courteresse, pratiquer l'action réelle pour y parvenir. Ici, on peut directement, par une alternative, répéter les capitaux; et, en matière de rente hypothéquée, on ne peut exiger que les arrérages; de sorte que les rapports du pays de Hainaut approchent plus des hypothèques des Romains, et de celles de ceux qui en ont épousé les lois, que ne font les véritables hypothèques du même pays, puisque la plus grande différence d'entre les hypothèques des Romains et le Rapport du pays de Hainaut, est qu'elles s'acquièrent par un contrat simple, obligation spéciale ou générale; et que, pour le Rapport, il faut déshéritance et serment.

» Et, pour mieux convaincre que le Rapport diffère encore beaucoup de l'hypothèque, on montre ici que l'hypothèque passe avec ses charges à l'héritier des immeubles, sauf les arrérages, s'il y en avait, qui demeurent à la charge des héritiers mobiliers : au lieu que le Rapport demeure, tant en capital qu'en arrérages, à la charge de l'héritier mobilier, qui doit en acquitter les héritiers des immeubles ».

VI. Les textes cités plus haut, n° 4, concernant l'affirmation que le créancier et le débiteur doivent prêter dans un rapport d'effets mobiliers, s'appliquent également aux Rapports d'héritages : ces textes ne font aucune distinction : et, dès-lors, on doit, à cet égard, les entendre dans toute la généralité de leurs termes.

VII. L'art. 5 du chap. 118 des chartes décide que, quand un débiteur a donné un Rapport en conséquence de l'obligation qu'il s'en était imposée, il ne peut plus être contraint d'en donner un autre, à moins que l'héritage rapporté ne soit insuffisant pour faire face à la dette et aux frais d'exécution; et l'art. 7 ajoute que « les Rapports, sûretés » et hypothèques de pensions ou autres

» redevances annuelles, soit héritières ou via-
» gères, pour être entendus suffisans, devront
» être en valeur et atteindre *le tiers avant*
» du principal desdites pensions et redevan-
ces ».

De ces mots *le tiers avant*, Dumées conclud que, « si la pension ou la rente porte
» annuellement 200 livres, et que l'héritage
» donné à Rapport en vaille 300, le Rapport
» sera suffisant, et ainsi à proportion ».

Mais cette manière d'interpréter les mots *tiers avant*, souffre des difficultés. Il est bien vrai que le Rapport doit excéder d'un tiers le principal de la dette : l'article cité le dit clairement, et il n'y a là-dessus aucun doute : cependant cela peut s'entendre de deux façons. Voici ce que je trouve à ce sujet dans les notes manuscrites d'un ancien magistrat du conseil souverain de Mons : « Le 14 oc-
» tobre 1688, la cour a traité de cette ma-
» nière devait s'interpréter le *tiers avant*,
» et il a été ordonné qu'il serait informé
» de l'usage. Les uns tenaient qu'il faut l'en-
» tendre du tiers de la dette principale, par
» exemple, de cinq sur quinze. Le plus grand
» nombre était d'avis que pour vingt il faut
» trente, quoique les dix d'augmentation
» soient la moitié de la dette principale,
» parceque le *tiers avant* doit faire un tiers
» de toute la somme, lorsqu'il est joint à
» la dette. Depuis, on a jugé pour ce dernier
» parti ».

§. IV. *Coutume de Cambresis.*

I. Quelques praticiens ont prétendu qu'on devait distinguer, en Cambresis, deux espèces de Rapports, l'un simple, l'autre solennel. Mais cette opinion est destituée de tout fondement.

Il est vrai que l'art. 41 du *tit.* 1 *et l'art.* 1 du tit. 20 de la coutume parlent de *Rapports simples*, mais ce n'est point par opposition au Rapport solennel.

« En quoi consiste (dit Desjaunaux, sur le titre cité) la solennité des Rapports, sinon dans la manière juridique dont s'en passent les *devoirs?*

» Or, j'en prends tous les juges de Cambresis à témoins, se trouve-t-il quelques Rapports, soit pour disposition testamentaire ou d'entre-vifs, qui se fassent avec moins de cérémonie les uns que les autres? Les plus simples n'exigent-ils pas également la présence des rapportans, le même nombre et la même qualité dans les juges assistans? Ne demandent-ils pas tous le même détail des héritages rapportés, et les mêmes procédures dans les preuves?

» Donc il faut avouer que les Rapports simples ne peuvent pas se considérer comme une espèce opposée aux solennels ».

Que doit-on donc entendre, en Cambresis, par un *Rapport simple*, et à quelle autre espèce de Rapport est-il opposé?

C'est ce que Desjaunaux nous paraît avoir fort bien expliqué :

« Je ne prétends pas (dit-il) que tout Rapport soit *simple;* je suis persuadé, bien que la coutume ne le déclare pas nommément, qu'il y en a qui sont *composés*.

» J'entends par Rapports *composés*, ceux qui reçoivent effectivement, ou par la présomption de la coutume, leur perfection de l'adhéritance des parties, je veux dire, qui sont incontinent suivis de l'adhéritance effective ou présumée de ceux en faveur de qui sont faits lesdits Rapports, tels que sont ceux qui se font au sujet des dispositions dont parle la coutume, art. 5, tit. 2; et ceux-là sont opposés au Rapport *simple*, dans lequel il faut attendre l'événement de la condition échue, pour prendre adhéritance, ou qui ne sont jamais consommés par l'adhéritance.

» Les simples sont donc conditionnels et imparfaits, et les autres portent un effet assuré, complet et absolu; mais ils sont tous également solennels, et déshéritent également ceux qui les passent ».

Ce que dit Desjaunaux, paraîtra peut-être obscur à ceux qui ne sont pas familiarisés avec la coutume de Cambresis, mais il est aisé de tout éclaircir.

Le Rapport peut avoir trois objets : lorsqu'on rapporte un héritage, c'est, ou pour le vendre, échanger, donner, etc., ou pour l'hypothéquer, ou pour en disposer à cause de mort.

Dans le premier cas, le Rapport est *composé*, parcequ'il faut, pour sa validité, non-seulement que le vendeur, échangiste ou donateur, se déshérite de son bien, mais encore que l'acheteur, le contre-échangiste, le donataire, en prenne adhéritance, ou soit censé l'avoir prise par le laps de quarante jours, s'il s'agit d'un fief, et d'un an, s'il s'agit d'un mainferme (1).

(1) Ceci se réfère aux dispositions suivantes de la Coutume de Cambresis, tit. 1, art. 3.

« L'acquéteur de fief qui ne prend l'adhéritance... du fief par lui acquêté en dedans les quarante jours

Dans le second et le troisième cas, le Rapport est *simple*, parcequ'il n'y intervient qu'un acte de déshéritance, et cela de la part du débiteur qui veut hypothéquer son bien, ou du testateur qui veut en disposer.

II. Il est parlé du Rapport tendant à créer l'hypothèque, dans les art. 38, 39, 40 et 41 du tit. 1 de la coutume.

Le premier de ces textes déclare qu'on peut charger un immeuble *de rentes wagères ou héritières, par Rapport et hypothèque d'icelui.*

Le second ajoute qu'en ce cas, *il n'est dû que demi-quint au seigneur.*

Mais, continue le troisième, si le bien se décrétait en vertu de ce Rapport, « il serait dû » au seigneur le plein-quint, en déduisant » ledit demi-quint qui aurait été payé à la » constitution de la rente ».

Enfin, le quatrième décide qu'il n'est point dû de droits seigneuriaux pour un *Rapport* dont l'objet est une *somme ou autre chose* une fois payée; et la coutume est, sur ce point, conforme à celle d'Artois.

Le Rapport d'hypothèque qui, partout ailleurs, ne sert, en matière de rente, qu'à en assurer le paiement, est, en Cambresis, d'une nécessité indispensable pour sa validité. Sans Rapport et hypothèque spéciale, la rente est nulle; et les deniers qui ont été payés à titre d'arrérages, *se peuvent tourner en diminution et en paiement de deniers principaux.* Ce sont les termes de l'art. 8 du tit. 11.

Cette jurisprudence, dont l'origine est retracée aux mots *Rente constituée*, §. 1, 11 et 12, a introduit, en Cambresis, un Rapport connu sous l'épithète de *subsidiaire*, et distingué par-là de celui que l'art. 8 du tit. 11 appelle *spécial.* On est parti, pour cela, de deux principes : l'un que les droits seigneuriaux ne se prennent que sur la valeur du fonds rapporté, lorsqu'elle est inférieure au capital de la rente; l'autre, que ces droits ne peuvent être dus que pour le Rapport spécial, le seul essentiellement requis par la coutume. En conséquence, dit Pollet, « on a inventé de » donner pour hypothèque spéciale un fonds » de petite valeur, et on donne en Rapport » subsidiaire d'autres fonds suffisans pour as» surer pleinement la rente ». Par ce moyen, les droits seigneuriaux, qui ne se prennent point sur le Rapport subsidiaire, sont considérablement diminués, et la condition du débiteur en est beaucoup moins à plaindre.

Mais le créancier ne court-il aucun risque en adoptant cette voie? Lorsqu'il aura discuté le fonds donné en Rapport spécial, pourra-t-il faire valoir et continuer sa rente sur les héritages rapportés *subsidiairement*; ou n'aura-t-il d'action sur ces biens que pour le recouvrement de son capital et des arrérages échus jusqu'à la discussion dont on vient de parler?

Cette question n'est pas sans difficulté. Elle s'est présentée au parlement de Flandre le 9 mars 1716; et par arrêt rendu le même jour, il a été ordonné qu'il serait informé sur l'usage.

On disait, d'un côté, que la coutume proscrit les rentes pour lesquelles il n'y a point de Rapport spécial. On en inférait que la rente devait s'éteindre par la discussion du fonds rapporté par spéciale hypothèque. On ajoutait qu'on l'avait toujours ainsi partiqué, et que l'art. 16 du tit. 25 justifiait clairement cet usage, en déclarant que, *si les deniers de la vente ne portent autant que les deniers principaux, l'héritier successeur serait tenu à payer le reste comme les autres dettes.* « Par » ces mots, *comme les autres dettes* (disait-on), » la coutume décide que ce qui reste dû des » *deniers principaux ou arrérages de la rente,* » après la discussion de l'hypothèque, est ré» duit aux termes d'une simple dette ». On pouvait, ce semble, tirer encore un autre argument de ce texte; en effet, il porte que l'héritier du débiteur est tenu, après la discussion du Rapport spécial, de payer *le reste* du capital et des arrérages : l'obligation de

---

après les devoirs de dessaisine faite à son profit, est, après le terme passé, réputé saisi et adhérité.

» Tit. 2, art. 5. Quand d'un héritage mainferme acquêté par achat, donation pure et simple ou échange, après que le vendeur, donateur ou échangeur en est déshérité et dessaisi en main de loi, l'acquéteur n'en prend par loi l'adhéritance, mais le laisse en main de loi l'espace d'un an ou plus, sans dénommer command présent loi : en ce cas, ledit acquêteur en est par la coutume, après l'an expiré, tenu et réputé pour saisi et adhérité à léale acquête ».

La disposition de ce dernier article a servi de motif à un arrêt du parlement de Flandre, du 1 mars 1691, rapporté par Pollet, part. 2, §. 47.

Anne Lardenois avait fait donation à Philippe Turlure, d'une maison située à Cambrai, et elle s'en était déshéritée entre les mains des échevins de Saint-Sépulcre, en la même ville.

Après sa mort, Jeanne Lardenois, sa sœur, prétendit que la donation était anéantie par le défaut de Philippe Turlure d'avoir pris adhéritance dans l'année du décès de la donatrice : elle se fondait sur l'art. 1 du tit. 20 de la coutume; et comme on le verra ci-après, elle l'appliquait mal, puisqu'il n'est question dans ce texte que des Rapports faits par forme de disposition à cause de mort. Aussi l'arrêt l'a-t-il déboutée de sa demande, et confirmé la donation.

rembourser le capital, suppose nécessairement la résolution de la rente; donc, par la discussion du Rapport spécial, la rente est éteinte et réduite à la qualité de simple dette.

D'un autre côté, on soutenait, et Pollet, l'un des juges, était d'avis que la discussion du bien donné en hypothèque spéciale, ne pouvait pas changer la nature de la dette.

« La coutume (disait le magistrat cité) ne permet pas de constituer une rente sans Rapport; c'est un reste de l'ancienne doctrine des théologiens et des canonistes. Suivant cette doctrine, si le fonds chargé de la rente périt entièrement ou en partie, ou devient absolument improductif, la rente périt de même, ou entièrement, ou à proportion du dépérissement du fonds; et le débiteur en est déchargé, ou pleinement, ou à la même proportion. C'est ce qui, apparemment, a donné lieu à l'opinion des praticiens.

» Mais ce principe manque dans la coutume de Cambresis. Après la discussion du fonds rapporté spécialement, elle conserve au créancier l'action personnelle pour ce qui lui reste dû, tant des deniers principaux que des arrérages (tit 25, art. 16). On reconnaît, par cette disposition, que les rentes constituées à prix d'argent, ne sont pas réelles dans le Cambresis; on le reconnaît aussi par l'art. 1 du tit. 16, où il est décidé que les rentes constituées à prix d'argent, tiennent nature de meubles; ce qui ne peut convenir aux rentes réelles, parcequ'elles tiennent nature d'héritage, suivant l'article dernier du même titre.

» On en tire légitimement cette conséquence, que la constitution produit une action personnelle contre le constituant. Si la rente s'éteignait par la discussion du Rapport spécial, il faudrait dire qu'après cette discussion, il serait au pouvoir du créancier de répéter les deniers principaux, ce qui est contre la nature du contrat de constitution de rente réputé usuraire, aux termes de la bulle de Pie V ».

Il est aisé de sentir que ces raisons ne peuvent balancer celles qui appuient la première opinion.

D'abord, on conçoit très-bien que les rentes constituées ne participant point, en Cambresis, à la nature des héritages sur lesquels ils sont hypothéqués, la bonne logique voudrait qu'elle subsistassent après comme avant la discussion de ces héritages : mais aussi elles devraient, par la même raison, être susceptibles de constitution sans hypothèque, et cependant elles ne le sont pas. Ne raisonnons donc point ici d'après les vrais principes, puisque la coutume les a méconnus; irrconséquente, bizarre même dans sa disposition concernant la création des rentes, est-il étonnant qu'elle soit déraisonnable et contraire au droit commun dans la manière de les anéantir?

Secondement, la bulle de Pie V n'empêche nulle part que le créancier n'oblige son débiteur à rembourser le capital, quand l'hypothèque promise par celui-ci vient à périr. Pourquoi donc aurait-elle, en Cambresis, plus d'autorité qu'ailleurs?

Enfin, on le répète, l'art. 16 du tit. 25 de la coutume est si clair, qu'il suffit seul pour répondre à tout. Pollet cherche à lui donner un sens étranger à notre question; mais il se trompe évidemment : on en jugera par les propres termes de ce magistrat :

« Ces mots, *comme les autres dettes*, ne regardent point le restant des deniers principaux de la rente; ils ne sont employés dans cet article, que pour désigner l'héritier qui en est tenu.... La rente est une dette de la succession du constituant, mais elle suit le fonds donné en Rapport jusqu'à ce qu'il ait été discuté; et elle demeure à la charge de l'héritier auquel le fonds est échu, même sans recours contre l'héritier mobilier.

» Quoique l'action personnelle, qui était tenue en suspens, reprenne sa forme par la discussion, on pouvait douter si l'héritier du fonds en est déchargé; en sorte que, si les deniers provenus de la discussion, ne suffisent pas pour le plein paiement du créancier, il ne puisse plus être poursuivi pour le restant. La coutume décide qu'il n'en est point tenu, et que le restant est à la charge de l'héritier mobilier, comme les autres dettes ».

Tout cela est spécieux, mais ne roule que sur un faux supposé. Pollet croit qu'en général l'héritier du fonds donné en Rapport spécial, ne peut point obliger l'héritier mobilier de le décharger de la rente, et c'est une grosse erreur : outre que l'art. 2 du tit. 15 la condamne en termes assez clairs, elle a été formellement proscrite par trois arrêts du parlement de Flandre, des 24 décembre 1712, 13 juillet 1714 et 10 décembre 1715, rapportés dans le recueil de Desjaunaux, tome 4, §. 177. Nous en avons vu rendre deux semblables les 11 juin et 10 décembre 1771 : le premier, entre Louis le Dieu et Jean Cousin; le second, entre la veuve Langlet et le nommé Vienne. L'interprétation que donne Pollet à l'art. 16 du tit. 25, porte donc à faux.

[[Au surplus, je dois dire ici que, dans les derniers temps qui ont précédé l'abrogation totale des dispositions de la coutume du Cambresis, relatives au Rapport à loi, l'article de cette coutume qui rejetait toute constitu-

tion de rente non hypothéquée par la voie du nantissement, était tombé dans une telle désuétude, que les principales juridictions de Cambrai ne faisaient nulle difficulté de condamner les débiteurs qui, après avoir trouvé à emprunter sans hypothèque, avaient la mauvaise foi de se faire de l'indulgence même de leurs créanciers, un titre pour leur faire perdre les arrérages qu'ils avaient payés, en demandant qu'ils fussent imputés sur le principal.

Cette jurisprudence avait même été confirmée par le parlement de Flandre.

Marie-Josephe Tison, veuve de Robert Lalotte, domiciliée à Cauroir, avait constitué une rente au profit de Marie-Anne Tournay, veuve d'Arnould d'Arduin, domiciliée à Cambrai. Par le contrat de constitution, la veuve Lalotte avait déclaré donner à celle-ci un bien-fonds en hypothèque spéciale; mais cette déclaration n'avait été suivie, de sa part, d'aucune déshéritance; et par conséquent l'hypothèque, aux termes de la coutume, tit. 5, art. 1, était demeurée en pur projet.

La veuve Lalotte se trouvant en retard de payer quelques arrérages de la rente, la veuve Arduin s'est pourvue pour l'y faire contraindre. Assignée en justice, la veuve Lalotte a prétendu que le contrat de constitution était nul, et que, par une suite naturelle, non-seulement elle ne devait point les arrérages qu'on lui demandait, mais qu'on devait imputer sur le capital ceux qu'elle avait payés.

Par sentence du 19 septembre 1785, les bailli et hommes de fief de la cour féodale de l'archevêché de Cambrai, ont adjugé à la veuve Arduin toutes ses conclusions, et ont débouté la veuve Lalotte de ses demandes incidentes.

Appel au parlement de Flandre : pour soutenir le bien jugé de la sentence, la veuve Arduin a produit un acte de notoriété du siége échevinal de Cambrai qui attestait la désuétude générale de la nécessité d'une hypothèque pour constituer une rente à prix d'arrérages en Cambresis.

Par arrêt du 5 avril 1786, rendu au rapport de M. Remy d'Evin, la cour a mis l'appellation au néant, avec amende et dépens.]]

III. Venons maintenant à la seconde espèce de *Rapport simple*, c'est-à-dire, à celui qui se fait dans les dispositions à cause de mort.

C'est une maxime dans le Cambresis, qu'on ne peut pas disposer d'un immeuble, sans le rapporter par déshéritance entre les mains des juges fonciers du lieu de sa situation. L'art. 1 du tit. 13 de la coutume de cette province y est formel.

On ne connaît qu'une exception à cette règle : c'est qu'un père et une mère n'ont pas besoin de Rapport à loi pour disposer de leurs mainfermes entre leurs enfans : dès qu'ils le font conjointement par forme de partage et en présence des échevins de leur domicile, l'acte est valable, même à l'égard des biens *situés en autres seigneuries*. C'est la décision expresse de l'art. 4 du tit. 15.

IV. Peut-on étendre cette exception aux fiefs?

Desjaunaux, sur l'article qu'on vient de citer, est d'avis qu'on ne le peut pas; et son opinion a été confirmée par un arrêt du 5 avril 1705, qu'il a inséré dans son recueil, tome 3, §. 12.

Il n'y aurait qu'un cas où la disposition testamentaire qu'un père et une mère feraient d'un fief, pourrait avoir son effet; ce serait celui où les enfans l'auraient approuvée; car, dit l'art. 2 du tit. 14, « quand un avis de père » ou de mère est fait et accepté par les enfans, » n'est besoin en faire autres devoirs de réa- » lisation ».

V. Une particularité remarquable dans les Rapports à loi qui ont pour objet des dispositions de dernière volonté, est que les personnes au profit desquelles ils sont faits, sont obligées de prendre adhéritance des biens rapportés, *en dedans l'an après le trépas des rapportans*; et qu'*autrement, après ledit terme passé, tels Rapports cessent et ne portent plus d'effet*. Ce sont les termes de l'art. 1 du tit. 20 (1).

C'est une question si les mineurs et les absens pour le service de l'Etat peuvent être relevés du défaut d'avoir pris adhéritance dans le terme qu'on vient de marquer.

Pollet, part. 2, §. 46, embrasse l'affirmative et rapporte un arrêt du parlement de Flandre, du 7 février 1696, qui est conforme à son *sentiment*.

« D'Argentrée (dit-il) tient que les prescriptions coutumières courent contre toutes sortes de personnes sans exception et sans espérance de restitution. C'est aussi l'opinion de Stockmans, qui avoue néanmoins qu'elle est dure, et même, en quelque manière, injuste.

» Mais pourquoi introduire cette rigueur et cette injustice dans nos coutumes? Elles reçoivent leur supplément du droit romain; pourquoi refuser aux mineurs et aux absens pour le service de l'Etat la grâce que le droit

(1) On peut voir au mot *Mainetè*, n° 15, un arrêt du 7 avril 1769, qui a été rendu en exécution de cet article.

romain leur accorde, lorsque nos coutumes n'y dérogent pas » ?

Il est permis de croire que la question eût été jugée tout autrement, si elle eût été plus approfondie.

En effet, d'Argentrée et Stockmans ne sont pas les seuls qui font courir les prescriptions statuaires contre les pupilles, les mineurs et les absens ; il n'y a même peut-être pas un auteur, si l'on en excepte Guy-Pape, quest. 31, qui n'enseigne la même doctrine.

Loysel, dans ses *Institutes coutumières*, liv. 5, tit. 3, art. 10, dit que « toute prescrip» tion annale ou moindre, coutumière, court » contre les absens et mineurs, sans espérance » de restitution ».

Le président Favre, dans son Code, liv. 2, tit. 23, déf. 2, rappelle l'opinion de Guy-Pape dont nous venons de parler, et il ajoute : *Sed tamen verior mihi semper visa est contraria sententia, ut pupillus præsertim tutorem habens, perindè obligetur ex statuto et consuetudine, ac alius quilibet, ut pluribus defendit Andræas Tiraquellus*, de retractu municipali ; *Joannes Lucius in placitis curiæ Parisiensis, titulo* de gentilitiâ redhibitione ; *et Joannes Papon, in* syntag. arrest., eod. tit. *Rationem elegantem reddunt, et, ut loquuntur, punctualem, quia jus adinventum per legem aut consuetudinem non fuit inventum nisi ad limites modi et temporis in eâ expressi. Undè hi limites afficiunt majores, minores, absentes et quoscunque alios. Nec potest quis uti ed lege et consuetudine, nisi ad ejus limites et statutis modis et temporibus ad eâ requisitis.* L'auteur renvoie à son traité *de Erroribus pragmaticorum*, décade 25, art. 9, *ubi*, dit-il, *probavi non solùm currere tempora statuti contrà pupillum, sedetiam cùm effectu et sine spe restitutionis, adeòque licet tutor vel nullus sit vel non solvendo.*

Et n'est-ce pas sur cette doctrine que sont fondés les arrêts qui ont constamment jugé que l'action en retrait se prescrit par le laps d'un an et d'un jour, contre les pupilles et les mineurs, même destitués de tuteurs, ni plus ni moins que contre les majeurs (1) ?

N'est-ce pas sur le même fondement que l'on a toujours jugé que le délai dans lequel il doit être formé opposition aux criées, court contre le mineur, sans aucune espérance de restitution (2).

N'est-ce pas sur le même fondement que la prescription de cinq ans à laquelle sont soumis les arrérages de rentes, a été perpétuellement jugée courir contre les pupilles et les mineurs (1) ?

Enfin, a-t-on jamais douté que les pupilles et les mineurs ne soient soumis, comme les majeurs, aux statuts qui déclarent prescrits, les uns par six mois, les autres par un an, d'autres par deux ans, les salaires des ouvriers et les marchandises vendues en détail (2) ?

VI. Autre question. Lorsque celui au profit duquel a été faite une disposition testamentaire précédée d'un Rapport à loi, meurt dans l'an du décès du testateur, sans avoir pris adhéritance, il est incontestable que son héritier peut la prendre en son lieu et place, dans le temps qui reste à courir pour compléter le terme fatal ; et qu'elle lui assure, quand il l'a prise dans ce terme, la propriété incommutable du bien légué. Mais en est-il de même d'un usufruitier à qui il a été promis par le légataire du fonds, avant le décès de celui-ci, de le faire jouir de ce bien ? Peut-il, dans l'année de la mort du testateur, prendre adhéritance pour le droit d'usufruit seulement, et par là prévenir, en ce qui le concerne, soit la négligence, soit la fraude du légataire, qui ne s'est pas fait adhériter ?

Cette question vient de se présenter au parlement de Flandre, mais dans un cas particulier. Le voici.

Le 30 décembre 1767, contrat de mariage entre Jean-Jacques Flamend et Marie-Marguerite Williot, avec stipulation que le survivant sera *viager des immeubles* du prédécédé, *tant échus qu'à écheoir*.

Le 2 décembre 1769, Jacques-François Flamend fait, dans la seigneurie de Basuel, un Rapport à loi et un testament, par lesquels il lègue tous ses biens-meubles et immeubles à Jean-Jacques Flamend, son frère.

Le 10 du même mois, décès du testateur.

Deux mois après, Jean-Jacques Flamend meurt lui-même, sans avoir pris l'adhéritance requise par la coutume, pour assurer irrévocablement l'effet de son legs. Il ne laissait point d'enfans ; et Antoine-Joseph Flamend, curé d'Havrincourt, son unique héritier, était aussi celui de Jacques-François Flamend, testateur.

Le 4 décembre 1770, c'est-à-dire, six jours

(1) *V.* Mornac, sur la loi *properandum*, §. dernier, C. *de judiciis* ; Ferrière, sur l'art. 131 de la coutume de Paris ; Maynard, liv. 8, chap. 22 ; et Cambolas, liv. 2, chap. 17.

(2) *V.* l'article *Opposition aux criées*, §. 2. nº 4.

(1) *V.* Montholon, §. 101 ; Charondas, liv. 3, rép. 62 ; Ferrière, sur la coutume de Paris, art. 113, gl. 7, nº 5 ; et Guillaume, sur la coutume de Franche-Comté, tit. 5, art. 1, quest. 1.

(2) *V.* Rebuffe, *ad constitutiones regias*, titre *de mercaturâ minimâ*, gl. 2, nº 1.

avant la révolution de l'année du décès de celui-ci, Marie-Marguerite Williot, veuve de Jean-Jacques Flamend, légataire, prend adhéritance, quant à l'usufruit seulement, des immeubles laissés par Jacques-François Flamend, testateur.

Antoine-Joseph Flamend, héritier de l'un et de l'autre, néglige cette formalité, parcequ'en effet elle lui est inutile.

Mais il prétend, par la suite, se faire, de sa propre négligence, un titre pour priver la veuve de Jean-Jacques Flamend, de l'usufruit des biens laissés par Jacques-François Flamend.

Sa défense, dégagée de toutes les subtilités qui l'enveloppaient, se réduisait à dire équivalemment : j'étais obligé de prendre l'adhéritance, du défaut de laquelle je me prévaus; je conviens même que ma belle-sœur avait une action pour m'y contraindre; mais cette obligation, je ne l'ai pas remplie. L'action que ma belle-sœur avait pour m'y forcer, elle ne l'a pas exercée : donc je puis me prévaloir de ma propre négligence.

Cette conséquence était absurde sans doute : aussi a-t-elle été proscrite d'abord, par une sentence des mayeur et échevins de Basuel, du 11 avril 1781; ensuite par une autre des échevins du Cateau, du 3 juin 1782, confirmative de la première; par une troisième, des échevins de Cambrai, en date du 14 août de la même année, portant qu'il avait été *bien jugé et mal appelé*; et enfin, par un arrêt du parlement de Flandre, du 31 juillet 1783, au rapport de M. de Franqueville, qui a mis l'appellation au néant, avec amende et dépens.

Il est difficile de concevoir comment l'héritier avait pu ne pas prévenir, par un désistement volontaire, la condamnation portée par ces quatre jugemens successifs. Car rien de plus simple que les moyens de la veuve.

Jean-Jacques Flamend, en survivant à son frère Jacques-François, avait acquis droit au legs qui lui était fait : pour l'acquisition et la transmission de ce droit en lui-même, il importait peu que Jean-Jacques Flamend fût mort avant d'avoir pris l'adhéritance des immeubles qui lui étaient légués; il suffisait qu'il fût encore dans le temps utile pour la demander.

L'adhéritance qu'exige la coutume de Cambresis, peut, sous certains rapports, être assimilée à la demande en délivrance de legs, qui a lieu dans les autres coutumes : mais, comme l'observe Ricard, *Traité des donations*, part. 2, n° 56, « pourvu que le légataire » survive, il transfère le legs à son héritier, » encore qu'il décède auparavant l'ouverture » du testament, et la demande en délivrance » de legs ».

Semblable aux héritiers d'un légataire mort avant la demande en délivrance de legs, l'héritier de Jean-Jacques Flamend avait donc un droit acquis au legs, dont, à la vérité, il n'avait pas encore demandé l'adhéritance, mais pour la demande duquel il lui restait encore dix mois de l'année fatale.

Semblable aux héritiers d'un légataire mort avant la demande en délivrance de legs, l'héritier de Jean-Jacques Flamend pouvait donc demander cette adhéritance, cette délivrance de legs. Ce sont là des principes incontestables, et qui [illegible] ne sont pas contestés. Que reste-t-il donc à examiner? Une seule question, un point très-simple : l'héritier de Jean-Jacques Flamend a-t-il pu négliger cette demande d'adhéritance, pour se ménager un moyen et une exception contre la veuve usufruitière? Relativement à lui et à ses héritiers, cette adhéritance n'est-elle pas censée avoir été prise?

Consultons la loi, elle va nous donner sur ce point des lumières propres à dissiper tous les doutes. Toutes les fois, nous dit-elle, que l'accomplissement d'une condition dépend de celui qui est intéressé à ce qu'elle manque, elle est, par cela même, censée accomplie : *In jure civili receptum est quoties per eum cujus interest conditionem non impleri, fiat quominùs impleatur, perindè haberi ac si impleta conditio fuisset* (Loi 161, D. *de regulis juris*). Telle est la règle générale; et, comme l'on voit, elle s'applique d'elle-même à l'espèce dont nous parlons. Il dépendait de l'héritier de Jean-Jacques Flamend de prendre l'adhéritance, du défaut de laquelle il s'est ensuite prévalu : lui seul était intéressé à ce que son adhéritance ne se prît pas : donc, à son égard, elle est censée avoir été prise.

Mais, dit-on, le legs était conditionnel; il dépendait de la condition de la prise d'adhéritance; et il est de principe que les legs conditionnels ne se transmettent pas aux héritiers du légataire, lorsqu'il meurt avant l'événement de la condition.

On devrait bien nous dire pourquoi en Cambresis un legs d'immeubles, qui doit y être suivi de prise d'adhéritance, serait plutôt conditionnel que tous les legs qui, dans les autres coutumes, doivent être suivis d'une demande en délivrance. La demande en délivrance offre même quelque chose de plus essentiel que la prise d'adhéritance, puisqu'un légataire ne fait les fruits siens qu'à dater de la demande en délivrance de legs, tandis qu'en Cambresis, le légataire d'un immeuble fait les fruits siens à compter même de la

mort du testateur, quoiqu'il n'en prenne adhéritance que près d'une année après. Cependant on n'a pas encore osé prétendre, dans les autres coutumes, qu'un légataire ne transmettait pas son legs à son héritier, lorsque sa mort précédait la demande en délivrance.

Mais ne sortons pas de la disposition même de la coutume de Cambresis, pour trouver une réponse péremptoire à l'objection dont il s'agit. Où a-t-on vu que la validité d'un legs d'immeuble dépendit de la prise d'adhéritance? Raisonner ainsi, c'est confondre deux choses très-différentes, l'acquisition du droit, et la déchéance du droit. Qu'on réfléchisse donc que celle-ci loin d'être une même chose que celle-là, présuppose le droit acquis, puisqu'elle le résout; et son jette, d'après cela, un œil impartial sur la disposition de la coutume de Cambresis, qu'y verra-t-on? On n'y verra pas que l'acquisition d'un legs d'immeubles dépend de la prise d'adhéritance, mais précisément et uniquement que le défaut de prise d'adhéritance, dans l'année, en opère la déchéance: *Autrement, après ledit terme passé, tel Rapport cesse, et ne porte plus effet.*

Donc le droit est acquis avant la révolution de l'année, puisqu'il faut qu'un droit existe avant de pouvoir se résoudre: Donc, Jean-Jacques Flamend avait, à sa mort, un droit acquis aux immeubles qui lui étaient légués; donc son sort différait essentiellement de celui d'un légataire conditionnel, qui n'a de droits acquis qu'après l'événement de la condition.

Dira-t-on maintenant que la veuve devait s'imputer de n'avoir pas agi dans l'année contre l'héritier de son mari légataire, pour le contraindre de prendre adhéritance?

Faible ressource, sans doute! Car, quoi! parceque vous avez négligé de remplir vos obligations, vous vous prévaudrez de ce que je ne vous y ai pas contraint! Vous vous ferez un moyen de votre propre négligence!

Il y a plus. Dans l'espèce dont il est question, la veuve usufruitière n'était pas restée dans l'inaction pendant le temps qui restait à courir pour compléter l'année fatale. Elle avait elle-même pris adhéritance, elle l'avait prise pour *réaliser* son droit d'usufruit; et rien n'empêche que l'adhéritance qui, par sa nature, embrasse tous les droits réels, ne soit prise par un usufruitier, au moins pour ce qui concerne le droit qu'il a de jouir de la chose.

VII. La coutume s'est occupée particulièrement de la question de savoir si le droit résultant d'un Rapport à loi qui a pour objet une disposition à cause de mort, se transmet aux héritiers de la personne au profit de laquelle est fait ce Rapport, lorsqu'elle décède avant le testateur.

Voici ce que décident là-dessus les art. 2, 3, 4 et 5 du tit. 20:

« Quand un simple Rapport d'héritage est fait par deux conjoints en main de loi, pour, après leurs deux décès et du dernier vivant d'iceux, appartenir à l'un ou aucuns particuliers de leurs hoirs par avantage ou à quelques autres; si celui ou aucuns d'iceux au profit de qui est fait tel Rapport, viennent à décéder après le trépas du premier mourant, et après le trépas du dernier décédant desdits rapportans, délaissant enfans légitimes, iceux ne transmettent point le droit dudit Rapport à leurs hoirs.

» Mais si tel Rapport est fait par deux conjoints au profit de tous leurs enfans, et que l'héritage rapporté soit acquêt commun desdits deux conjoints, les enfans qui ne survivent que l'un desdits conjoints, transmettent droit à leurs enfans, audit héritage en la moitié.

» Et si l'héritage ainsi rapporté par deux conjoints au profit de tous leurs enfans, est patrimoine ou acquêt seulement de l'un d'iceux conjoints, il suffit, pour avoir acquis en icelui par les enfans plein droit et transmissible, et survivre leur père et mère, de qui ledit héritage vient.

» Car, par la vertu d'un Rapport fait par deux conjoints d'héritage patrimonial, ou acquêt de l'un d'iceux, pour, après leurs deux décès ou du dernier vivant d'eux deux, appartenir, à tous leurs enfans, ou l'un ou aucuns d'iceux, ou quelque autre personne, le survivant, de qui ne vient pas tel héritage, ne doit jouir sa vie dudit héritage, fort seulement aussi avant que le droit de ravestissement peut avoir lieu ». *V.* l'article *Entravestissement.*

VIII. Faut-il pour la validité d'un Rapport à loi, que la disposition qu'il contient, soit rappelée dans le testament de celui qui l'a fait?

Quelques jurisconsultes, et notamment Dumées dans sa *Jurisprudence du Hainaut français*, regardent l'affirmative comme incontestable, d'après l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, lequel porte qu'il *n'y aura plus à l'avenir dans tout le royaume, que deux formes de disposer à titre gratuit, savoir, la donation entre-vifs et le testament;* mais voici un arrêt du parlement de Flandre, qui proscrit formellement cette opinion.

Le 22 octobre 1735, le sieur Doige, chanoine de l'église collégiale de Binche, a rap-

porté entre les mains des bailli et hommes de fief de Cauroir, un fief de quarante-six mencaudées, *pour, après son trépas, appartenir propriétairement à toujours au sieur Jean-Baptiste Mairesse.*

Après la mort du sieur Doige, le sieur Mairesse a pris saisine du fief; il en a joui paisiblement quelques années, et il l'a ensuite transmis à ses enfans.

Le sieur des Bleumortiers, héritier légal du sieur Doige, s'est pourvu contre ceux-ci devant les échevins de Cambrai, et a demandé que la disposition du fief fût déclarée nulle. Il disait que l'art. 3 de l'ordonnance de 1731 avait abrogé toutes les donnations à cause de mort, qui ne seraient point revêtues des formalités prescrites pour les testamens; et comme le Rapport du 22 octobre 1735 était destitué de ces formalités, il en concluait qu'on ne pouvait y avoir aucun égard.

Les échevins de Cambrai n'ont pas trouvé ces raisons bien fondées : par sentence du 23 juillet 1735, ils ont débouté le sieur des Bleumortiers de sa demande, et l'ont condamné aux dépens.

Le sieur des Bleumortiers en a interjeté appel au parlement de Flandre, mais inutilement; par arrêt du 28 novembre 1754, la sentence a été confirmée.

Il n'en est point demeuré là : il s'est pourvu en cassation; mais les motifs de l'arrêt ayant été envoyés au conseil, le sieur des Bleumortiers y a été débouté.

On demande sans doute quels ont été ces motifs? Les voici tels qu'ils ont été rédigés par le parlement même :

« On a jugé que l'art. 3 de l'ordonnance de 1731 ne proscrivait point les actes de Rapport autorisés par l'art. 1 du tit. 20 de la coutume de Cambrai..... Le Rapport est un acte de dernière volonté, qui a le caractère et toutes les conditions d'un testament judiciaire, un acte autorisé par la loi de la province, confirmé par un usage journalier, auquel on ne pourrait donner atteinte sans bouleverser toutes les familles de Cambresis.

» Il ne faut pas confondre le Rapport d'héritages, pour appartenir après la mort du rapportant, à la personne désignée, dont parle l'art. 1 du tit. 20 de la coutume de Cambresis, avec ceux mentionnés en l'art. 1 du tit. 13. Ceux-ci ne sont que des actes de dessaisine pour faire valoir des dispositions *faites ou à faire;* ils deviennent caducs, si, à la mort du dessaisi, il n'a point fait de disposition testamentaire; ceux-là, au contraire, contiennent une disposition; ils subsistent par eux-mêmes sans autre acte, et ils ont tous les caractères des testamens judiciaires.....

» Est-il une disposition plus authentique, plus solennelle, et qui mérite plus que celle-ci la faveur des lois? N'est-ce point avec raison que la coutume a adopté cette forme de disposer, que toute la province y a placé sa confiance et en a fait un usage constant et journalier, même pour des objets de la dernière importance? En est-il d'ailleurs de plus propre pour, d'un côté, constater la volonté libre *des disposans,* et de l'autre, pour écarter toute espèce de fraude, suggestion et supposition?

» L'on opposerait en vain que le Rapport du sieur Doige n'est point revêtu des formalités requises par la coutume et par les ordonnances pour la validité des testamens solennels. Ce n'est point à ces lois qu'il faut avoir recours pour décider de la validité des testamens judiciaires, tel qu'est le Rapport du sieur Doige.

» Premièrement, il faut écarter l'édit des testamens, enregistré au parlement de Flandre, le 15 juin 1736, parceque le Rapport du sieur Doige étant du 22 octobre 1735, il est par conséquent d'une *date certaine et authentique, antérieure à cet édit.*

» Secondement, il faut encore écarter ce qui est statué par l'art. 3 du tit. 13 de la coutume de Cambrai pour les testamens solennels, non-seulement parceque le Rapport du sieur Doige est un testament judiciaire, que l'on nomme en droit *apud acta,* dont la forme particulière est autorisée par le tit. 20 de la même coutume, mais aussi parceque ces sortes d'actes portent par eux-mêmes un caractère de vérité qui les a toujours dispensés, dans le Cambrésis et dans le ressort entier du parlement de Flandre, des formalités auxquelles les autres testamens sont assujétis. En effet, il n'y a point de loi en Flandre plus solennelle, et qui soit exécutée plus rigoureusement, que l'édit perpétuel des archiducs Albert et Isabelle, de 1611; cependant, quoique cet édit règle les formalités nécessaires pour la validité des testamens et codicilles, les souverains des Pays-Bas en ont eux-mêmes excepté les testamens judiciaires par plusieurs décrets donnés en interprétation de cet édit. Anselmo, auteur accrédité, qui a fait un commentaire sur cet édit, après avoir rapporté ces décisions, assure qu'à l'égard des testamens judiciaires, la présence du curé, vicecuré, notaire et témoins, n'est pas nécessaire; qu'il n'est point non plus requis qu'il soit signé par le testateur, ni qu'il soit fait mention qu'il ait été interpellé de signer; il en rend la raison en ces termes : *Præsumendum enim non est judices quorum fides et sinceritas electa et probata est, et quibus, in excipiendis ultimis elogiis, nullum commodum*

aut incommodum obvenire potest, quidquam doli aut fraudis admissuros.

» De là, il faut nécessairement conclure que le Rapport du sieur Doige est véritablement une disposition de dernière volonté, revêtue de toutes les formalités requises, tant pour les Rapports que pour les testamens judiciaires; et par conséquent que les juges qui ont rendu l'arrêt dont on demande la cassation, ne pouvaient pas le proscrire, sans contrevenir aux lois de la province et sans occasioner un bouleversement dans le Cambresis, qui eût mis le trouble dans un grand nombre de familles ».

Tels sont les motifs que le parlement de Flandre a lui-même donnés à son arrêt du 28 novembre 1754; et comme on le voit, ce n'est qu'en considérant le Rapport à loi comme un testament judiciaire, que cette cour a cru pouvoir justifier la disposition dont il s'agissait.

Encore a-t-il paru alors qu'il fallait, pour y parvenir, écarter l'ordonnance de 1735, comme postérieure à cette disposition: car le sieur Doige n'avait ni signé ni été interpellé de signer; et les motifs du parlement semblent insinuer que l'acte eût été déclaré nul, à raison de ce défaut, sans l'intervalle qu'il y avait eu entre sa passation et l'enregistrement de l'ordonnance.

Mais depuis, on a été plus loin, et l'on a jugé, dans la coutume du chef-lieu de Mons, qu'une *condition de manbournie*, genre de disposition parfaitement analogue aux Rapports à loi dont il est ici question, suffit par elle-même, et sans le secours d'aucun testament, pour assurer, au donataire qu'elle a pour objet de gratifier, l'effet de la libéralité qui y est contenue. Voici mot par mot la note qu'un des avocats les plus distingués du parlement de Flandre a tenue de cet arrêt, le jour même qu'il l'a vu rendre: « Suivant » l'esprit de l'art. 24 de l'ordonnance de 1735, » ou plutôt, par la raison observée par » M. d'Aguesseau, que l'ordonnance n'a pas » touché aux formes locales, il a été jugé, » par arrêt du 26 juillet 1770, au profit du » sieur Roger, visiteur des fermes du roi à » Maubeuge, contre le sieur Picquery, bailli » du chapitre des chanoinesses de la même » ville, qu'une condition de manbournie, » autorisée par la coutume du chef-lieu de » Mons et passée devant les gens de loi des » lieux, avec les formalités requises pour ces » sortes de dispositions, était bonne et valable, quoiqu'elle ne fût pas revêtue des formes des donations ou dispositions à cause » de mort, réglées par les ordonnances de 1731 » et 1735 ».

La question vient de se représenter, et elle a encore été jugée de même. Les faits qui y avaient donné lieu, sont très-simples.

Martin-Joseph Harvent, domicilié à Hon-Hergies, avait épousé Marie-Rose Beaurin. Considérant *qu'elle était sa première femme, et qu'il avait d'elle un enfant vivant*, conditions requises par la coutume du chef-lieu de Mons pour pouvoir disposer de son bien, et voulant profiter de cet avantage pour régler sa fortune, il fit un acte ou *condition de manbournie*, le 12 octobre 1769.

A l'exemple de tous les habitans de la province qui regardent leurs gens de loi comme seuls compétens pour recevoir ces sortes d'actes, Harvent s'adressa pour cet effet au sieur Hennet, bailli de Hon-Hergies, qui, à sa réquisition, créa *une loi portative pour ce devoir seulement* (1), conformément à l'usage universellement pratiqué dans le Hainaut, tant français qu'autrichien.

Ce fut pardevant cette *loi* que Martin-Joseph Harvent fit son acte de *manbournie*. Il y stipula 1° que ce particulier se réservait le pouvoir de disposer en tout état des parties des biens qui y étaient dénommés; 2° qu'en cas de survie de la part de Marie-Rose Beaurin, son épouse, elle en jouirait pendant toute sa vie; 3° que, dans le cas où tous leurs enfans et descendans viendraient à prédécéder, elle en pourrait également disposer en tout état; 4° enfin, qu'après son décès et celle de sa femme, sans disposition contraire, le tout devrait appartenir à leurs enfans par égale portion.

Toutes les formalités requises par la coutume, présence du mayeur, intervention de quatre échevins, déshéritance, conjure, adhéritance de manbour, tout fut exactement observé.

Arriva le cas prévu du prédécès d'Harvent et de ses enfans. La veuve, remariée à Pierre-Joseph Lérat, éprouva des difficultés de la part des héritiers de son premier mari: ils prétendirent faire déclarer nul l'acte de manbournie dont elle se prévalait.

Un de leurs principaux moyens était que, depuis les ordonnances de 1731 et 1735, il n'était plus permis en Hainaut de faire des *conditions de manbournie*, à moins qu'elles ne fussent revêtues des formes prescrites par ces lois pour les donations et les testamens.

La contestation portée devant les mayeur et échevins de Hon-Hergies, sentence du 17 mai 1784, qui, d'après l'avis de trois juris-

(1) *V.* l'article *Loi portative*.

consultes, du nombre desquels était M. Henuet, prévôt royal de Maubeuge, ordonne que la condition de manbournie, du 12 octobre 1769, sera exécutée selon sa forme et teneur; en conséquence, déboute les héritiers Harvent de leur demande en nullité de cet acte, et les condamne aux dépens.

Appel de leur part au parlement de Flandre : ils citaient Dumées, et trois sentences de la prévôté de Maubeuge, des 9 novembre 1774, 24 mai 1775 et 23 avril 1776.

Voici, en substance, ce que répondaient la veuve Harvent et son second mari.

« Pour être convaincu du bien-jugé des sentences dont est appel, il suffit de réfléchir sur la nature des *conditions de manbournie.* Ces actes, d'une espèce toute particulière, tiennent comme le milieu entre les donations et les testamens; ils participent à la nature des donations entre-vifs, en ce que le disposant est obligé de se dépouiller de la propriété de son bien, entre les mains du corps échevinal, pour en *adhériter un manbour;* et ils ressemblent aux testamens, en ce que le disposant peut changer de volonté, non-seulement tant qu'il reste dans le *même état,* mais de plus lorsqu'il s'est réservé le pouvoir de le faire *en tout état.*

» Or, les ordonnances de 1731 et de 1735 n'ont pour objet que de régler, l'une, la forme des donations entre-vifs, l'autre, celle des dispositions de dernière volonté. Ce n'est qu'à l'égard de l'une et de l'autre espèce d'acte, que le législateur a voulu établir l'uniformité dans son royaume; aussi concevons-nous très-bien que, si l'on voulait aujourd'hui faire une donation entre-vifs ou à cause de mort, il faudrait nécessairement se régler sur ces lois.

» Mais, comme on vient de le voir, les *conditions de manbournie* sont des actes d'une autre espèce; ils sont ce que nous appelons vulgairement des *testamens faits* APUD ACTA, dispositions particulières que le législateur n'a point eu intention d'interdire, et auxquelles il a implicitement conservé la forme prescrite par chaque coutume.

» Nous en avons des preuves émanées, pour ainsi dire, du propre sein de la législation nationale. Outre les *conditions de manbournie,* nous connaissons encore d'autres actes particuliers, tels que les *entravestissemens par lettres,* qui sont aussi des espèces de donations : si l'on en croyait les appelans, il faudrait sans doute aujourd'hui que ces actes fussent également passés pardevant notaires : du moins Dumées, leur auteur favori, Dumées, d'après lequel ils se sont imaginés d'avancer qu'une *condition de manbournie,* pour être valable, devait être passée dans la forme prescrite pour les donations ou les testamens, n'hésite pas de le dire. Mais qu'ils consultent le législateur lui-même, dans les lettres-patentes par lesquelles il a homologué les coutumes d'Arras, de la cité d'Arras, du bailliage de Bapaume, et du pays de Lalloeu : ils y verront qu'en 1745, c'est-à-dire, dix ans après la publication du dernier des édits dont ils se prévalent, il s'est contenté d'ordonner, suivant l'ancien usage, que *les entravestissemens seraient faits pardevant deux échevins,* sans requérir qu'ils fussent préalablement revêtus des formes prescrites pour les donations entre-vifs ou à cause de mort.

» Voilà assurément une preuve bien positive que les ordonnances de 1731 et de 1735 n'ont point eu pour objet de régler la forme de actes particuliers que certaines coutumes ont adoptés pour la disposition des biens.

» On nous oppose trois sentences de la prévôté de Maubeuge, qui ont déclaré nulles des conditions de manbournie destituées des formes établies par ces deux ordonnances.

» Mais sur quels motifs en ont-elles prononcé la nullité? C'est ce qu'on nous laisse ignorer. Il y a plus, nous pouvons assurer que le juge royal de la prévôté de Maubeuge ne s'est point du tout déterminé par le moyen dont il est ici question. La preuve en est que c'est par ce même juge qu'a été rendue la sentence confirmée par l'arrêt du 26 juillet 1770 (rapporté ci-dessus), et que celle même dont est appel, n'a prononcé que d'après une consultation *pro justice* (1) signée de lui ».

Sur ces raisons, arrêt du 26 juillet 1785, à la deuxième chambre, au rapport de M. Le Boucq, qui met l'appellation au *néant,* ordonne que la sentence des mayeur et échevins de Hon-Hergies *sortira son plein et entier effet, condamne* les appelans à l'amende et aux dépens.

Ces décisions forment une jurisprudence constante : l'usage du chef-lieu de Mons et de Cambresis l'a adoptée universellement, et personne n'oserait plus la critiquer aujourd'hui.

IX. Mais si l'ordonnance de 1735 n'a porté aucune atteinte, dans le Cambresis, à l'usage de disposer par simple Rapport à loi, n'a-t-elle pas du moins abrogé celui de faire, par cette voie, des dispositions conjonctives au profit d'étrangers ou de parens collatéraux?

On convient universellement que *les Rapports sans désignation,* c'est-à-dire, ceux qui

(1) Voyez à l'article *Charge d'enquête,* ce qu'on entend par ces mots, dans le ressort du parlement de Flandre.

ne sont, comme on vient de le dire, que des préparatifs aux testamens, peuvent encore être faits conjointement, soit par deux copropriétaires, soit par le mari et la femme; et qu'à cet égard, les art. 2, 3, 4 et 5 du tit. 20 de la coutume, qui permettent les Rapports conjonctifs, subsistent encore dans leur intégrité.

Mais c'est une question s'il en est de même lorsque ces rapports contiennent les dispositions qu'ils ont pour objet de faire valoir, et qu'ils forment de véritables testamens judiciaires.

Jean-François Dubois et Marie-Madeleine David, sa femme, n'ayant point d'enfans, firent, le [illegible] devant les mayeur et échevins de la Neuville-Saint-Remi, lieu de leur domicile, un Rapport à loi dans lequel il était dit qu'ils rapportaient quelques héritages *appartenant à ladite femme, pour par le survivant, en jouir sa vie durant, et, après leur décès, appartenir à Marie-Madeleine Queulin, leur nièce et belle-nièce.*

Après le décès de la femme Dubois, le tuteur de Marie-Madeleine Queulin, qui était mineure, négligea de prendre, au nom de celle-ci, dans le terme fatal prescrit par la coutume du Cambresis, l'adhéritance des biens dont il avait été disposé en faveur de sa pupille; et ce ne fut qu'en 1762, après son mariage, que la mineure vint demander ces biens, et conclure à ce qu'elle fût relevée du défaut de prise d'adhéritance à laquelle elle requit d'être admise.

François Drapier, au nom d'Antoinette David, sa femme, et Philippe-Joseph Gresillon, en qualité de tuteur légitime de enfans qu'il avait eus de Dorothée David, héritiers *ab intestat* de Madeleine David, qui détenaient les biens réclamés par la demoiselle Queulin, vinrent d'abord déclarer indiscrètement qu'ils consentaient à ce qu'elle fût relevée du défaut de prise d'adhéritance, si la disposition était valable; mais que, comme ils la croyaient radicalement nulle, ils regardaient aussi cette précaution comme inutile.

Ils établirent la nullité du Rapport à loi sur la disposition de l'art. 77 de l'ordonnance des testamens de 1735. Ils disaient que cette disposition étant conjonctive, se trouvait abrogée; qu'en vain on réclamerait l'usage que, depuis qu'elle faisait loi, était observé dans la coutume du Cambresis; que cet usage, étant contraire à l'édit, serait abusif, s'il était constant; que d'ailleurs le législateur avait abrogé positivement tous les usages contraires à son ordonnance. Ils disaient encore que cette disposition avait été captée à la femme Dubois; et pour le prouver, ils articulaient des faits très graves dont ils demandaient subsidiairement permission de faire preuve.

La demoiselle Queulin répondait que l'art. 77 de l'ordonnance de 1735 n'abrogeait que les testamens et codicilles mutuels; que le Rapport à loi dont il s'agissait, n'était point un acte de cette nature; que c'était une donation à cause de mort tout-à-fait distincte des actes abrogés par le législateur; que la preuve s'en trouvait dans l'arrêt du conseil qui avait confirmé l'arrêt du parlement de Flandre du 28 novembre 1754; que d'ailleurs, depuis la promulgation de l'ordonnance, l'usage irrévocablement suivi dans la province, avait autorisé ces sortes de dispositions; et qu'il était d'autant plus légitime, qu'il ne s'était conservé qu'en vertu de l'art. 24 de l'ordonnance même, qui maintient les juges du Cambresis dans le droit de recevoir des testamens.

A cela, Cresillon et Drapier répondaient que, soit que l'on considérât la disposition comme une donation à cause de mort, soit qu'on la regardât comme un testament, elle était toujours nulle; que, comme donation à cause de mort, elle devait, suivant l'art. 3 de l'ordonnance de 1731, être soumise à la loi des testamens; et que, comme testament, elle ne pouvait pas valoir, parcequ'elle était conjonctive; qu'il ne s'agissait pas d'une disposition conjonctive, dans l'affaire jugée par l'arrêt de 1754; que cet arrêt était par conséquent inapplicable à l'espèce; que l'usage dont on se prévalait, était abusif; qu'il ne pouvait être justifié par l'art. 24 de l'ordonnance de 1735, parce que cette loi, en maintenant les officiers de justice dans le droit où ils étaient de recevoir les actes de dernière volonté, veut en même temps qu'ils observent exactement tout ce qu'elle prescrit, et leur défend par conséquent de recevoir ceux de ces actes qu'elle a expressément abrogés.

Nonobstant toutes ces raisons, par sentence de l'official-juge ordinaire de Cambrai, du 17 décembre 1762, la demoiselle Queulin fut relevée (moyennant les lettres de restitution en entier qu'elle avait obtenues) du défaut de prise d'adhéritance dans le terme fatal; et la disposition faite à son profit fut déclarée bonne et valable, *Drapier et Cresillon restant entiers dans les moyens de fait par eux posés au procès.*

L'affaire portée par appel au parlement de Flandre, Drapier et Cresillon obtinrent des lettres de rescision contre le consentement qu'ils avaient donné à ce que la demoiselle Queulin fût relevée du défaut de prise d'adhéritance dans le terme prescrit par la coutume; et ils soutinrent en conséquence que la disposition devait être annulée de deux chefs: 1° parcequ'elle était conjonctive, et par conséquent prohibée, par l'art. 77 de l'ordonnance des testamens; 2° parcequ'elle

était devenue sans effet par le défaut de prise d'adhéritance dans l'année de la mort de la femme Dubois.

Pour établir leur première proposition, ils disaient que le Rapport à loi n'avait pour objet que de transmettre un bien après la mort du rapportant; que c'était donc un testament et non une donation; que, si c'était un testament, la nullité en devenait sensible; qu'en vain l'on invoquait le privilége des actes passés en jugement; que les actes reçus par les officiers de justice, ne peuvent valoir qu'autant qu'ils vaudraient étant reçus par un notaire dans la forme prescrite par l'ordonnance; qu'une disposition conjonctive reçue par un notaire, ne vaudrait certainement rien; qu'il en était donc de même du Rapport à loi dont il s'agissait; que l'art. 24 n'affranchissait point les officiers de justice de la rigueur de cette loi; qu'il ne faisait que les ranger au nombre de ceux qui pouvaient recevoir des actes; et que très-certainement on devait y sous-entendre la clause, *pourvu que ces actes soient licites;* qu'enfin, comme on ne pouvait prescrire contre les lois, l'usage, quel qu'il fût, n'était d'aucune considération.

Sur la question subsidiaire, ils disaient que le consentement qu'ils avaient donné, n'avait été ni accepté par Marie-Madeleine Queulin, ni décrété par le juge; qu'ainsi, on pouvait le leur opposer; que d'ailleurs, par le bénéfice des lettres-royaux obtenues par eux en cause d'appel, ils s'en trouvaient relevés; que Marie-Madeleine Queulin devait donc, de ce chef, être déclarée non-recevable; qu'inutilement eût-elle voulu se faire restituer à titre de minorité, puisque les prescriptions coutumières courent contre toutes sortes de personnes.

A tout cela, on répondait pour la demoiselle Queulin, 1° que l'art. 77 ne portait que sur les testamens et codicilles mutuels et conjonctifs; que la disposition dont il s'agissait, n'étant point de cette espèce, ne pouvait être comprise dans cet article; que prétendre le contraire, c'était vouloir qu'il n'y eût plus dans le Cambresis aucune voie pour disposer à cause de mort, puisque la coutume exige absolument l'intervention des deux époux dans tous les Rapports à loi que fait l'un d'eux de ses propres; 2° Que le consentement de Drapier et Cresillon à ce que la demoiselle Queulin fût relevée du défaut de prise d'adhéritance dans l'année, n'avait pas eu besoin d'acceptation pour être irrévocable de leur part, puisqu'il avait été donné sur la demande qui tendait précisément à cette fin.

Drapier et Cresillon répliquaient à la première de ces observations, que l'intervention des deux époux n'était requise dans le rapport fait par l'un d'eux, que pour le Rapport même; mais que, pour remplir à la fois le vœu de la coutume et celui de l'ordonnance, il fallait que les deux époux figurassent ensemble dans le Rapport, et que celui des deux de qui devait émaner la disposition pour l'efficacité de laquelle le Rapport était requis, la fît séparément.

Sur ces moyens respectifs, arrêt du 1er février 1764, au Rapport de M. Remi, qui « met l'appellation et la sentence dont a été » appelé au néant; émendant, déclare nulle » et de nul effet la disposition dont il s'agit » au procès; condamne ladite Queulin aux » dépens, tant de première instance que de » la cause d'appel ».

On voit que la cour n'a pas fait droit sur les lettres que les deux parties avaient obtenues: c'est une preuve qu'elle s'est déterminée uniquement par les moyens sur lesquels Drapier et Cresillon fondaient la nullité de la disposition conjonctive.

X. Maintenant rien de plus aisé que de répondre, d'une manière précise, à la question de savoir si un Rapport à loi peut encore être considéré comme valable, lorsque les dispositions n'en sont point rappelées dans un testament revêtu des formes prescrites par l'ordonnance de 1735.

Il y a, comme le portent les *motifs* de l'arrêt du 28 novembre 1754, retracés plus haut, n° 8, deux espèces de Rapports: l'un se fait avec désignation de celui au profit duquel on dispose; l'autre se fait sans désignation, et à l'effet seulement que l'héritage rapporté appartienne à celui que le *rapportant* aura nommé dans son testament. Le premier, comme on l'a déjà dit, est un testament judiciaire; le second n'est qu'un préparatif au testament.

Ainsi, le premier peut subsister seul, et il aura tout son effet, si le *rapportant* n'est point marié, et n'a par conséquent pas besoin, pour le faire, du concours d'un époux; mais le second s'anéantit et tombe en caducité, si le rapportant ne fait point de testament.

Nous parlons encore des Rapports à loi sous les mots *Devoirs de loi, Deshéritance, Deshéritance à futur, Condition de mambournie, etc.*

[[§. V. *État actuel de la législation sur les Rapports à loi.*

V. l'article *Devoirs de loi*, §. 4.]]

00079283

BOMBAY BRANCH
OF THE
Royal Asiatic Society.

Digitized with financial assistance from the
Government of Maharashtra
on 16 January, 2016